This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

HDI
HW 2806 7

Gov 26.1
KE 1135

Harvard College Library.

FROM

THE LIBRARY OF

PROFESSOR E. W. GURNEY,

(Class of 1852).

Received ~~22 May, 1899~~.

29 June, 1891.

Zeitschrift
für
Civilrecht und Prozeß.

Herausgegeben

von

Dr. J. T. B. von Linde,
Großherzogl. Hess. Geheimen Staatsrathe im Ministerium des Innern und der Justiz, Canzler der Universität zu Gießen, und Director des Oberstudienraths zu Darmstadt.

Dr. Th. G. L. Marezoll,
Königl. Sächsischem Hofrathe und ordentl. öffentl. Professor des Rechts zu Leipzig.

Dr. A. W. von Schröter,
Großherzogl. Mecklenburgischem Ober-Appellations-Gerichts-Rathe zu Rostock.

Achtzehnter Band.

Gießen 1843,
bei B. C. Ferber.

~~VI. 7203~~
~~Geo. 26.1~~ Harvard College Library,
29 June 1891.
From the Library of
Prof. E. W. GURNEY.

Inhalt.

Seite.

I. Von der prozessualischen Natur der Compensation. Vom Herrn Regierungs- und Consistorialrath Dr. Sintenis zu Dessau, vormals ordentlichem Professor der Rechte zu Gießen . . . . . 1—37

II. Zur Lehre von der civilen Berechnung der Zeit. Von Herrn Dr. J. J. Bachofen zu Basel . . . . . 38—80

III. Zur Controverse über die Priorität der Pfandrechte an Sachen, die zur Zeit der Bestellung dem Vermögen des Schuldners nicht angehört haben. Von Herrn C. H. C. Trotsche, Großherzoglich Meklenburg-Schwerinschem Justizrathe zu Güstrow . . . . . 81—117

IV. Bemerkungen zu dem Aufsatze Bd. 16. Heft 1. Nr. IV. über den Beweis bei Klagen auf Alimentation. Von Herrn J. Scholz dem Dritten, Oberappellations- und Landesgerichtsprokurator zu Wolfenbüttel . . . . . 118—132

V. Von der Beweislast bei der Negatorienklage, wenn der Beklagte sich in dem Quasi-Besitze der Dienstbarkeit durch richterliches Urtheil geschützt befindet. Von dem Königl. Bayr. Appellationsgerichtsassessor Herrn Samhaber zu Aschaffenburg . . . . . 133—139

VI. Bemerkungen über die Appellationssumme. Von v. Linde. 141—210

VII. Zu der Lehre von dem Fruchterwerbe des bonae fidei possessor. Von Marezoll. . . . . 211—264

VIII. Ueber die Ableistung des Schiedeseides bei Corporationen. Von dem Herrn Advokaten Huß zu Ahrensburg in Holstein. . . . . 265—279

IX. Bemerkungen über den Gegenstand der vorhergehenden Abhandlung. Von v. Linde. . . . . 280—285

X. In wie weit ist der vom Vater zum Erben eingesetzte Pupillarsubstitut berechtigt, die eine der Erbschaften, zu welcher er berufen ist, anzunehmen, und die andere auszuschlagen? Vom Herrn Geheimen Hofrath und Professor Dr. Warnkönig zu Freiburg . . . . . 287—334

XI. Zur Lehre von der civilen Berechnung der Zeit. Von Dr. J. J. Bachofen zu Basel. (Beschluß der in Heft 1. Nr. II. abgebrochenen Abhandlung.) . . . . 335—375

XII. Sind Gastwirthe wirklich berechtigt, Reisende abzuweisen? Von Dr. C. O. v. Madai, ehemals Professor in Dorpat 376—402

XIII. Ueber die Wirkung der Clausula codicillaris in Bezug auf eine nach Nov. 115. nichtige Erbeneinsetzung. Von Herrn Dr. jur. Degener in Blankenburg . . . . . 403—419

I.

Von der prozeſſualiſchen Natur der Compenſation.

Vom

Herrn Regierungs- und Conſiſtorialrath Dr. **Sintenis** zu Deſſau, vormals ordentlichem Profeſſor der Rechte zu Gießen.

Die Fragen, auf deren Beantwortung es hier ankommt, ſind in der neueren Zeit ſowohl in einzelnen Abhandlungen, und zwar gerade von ausgezeichneten Civiliſten, als in den Monographien über die Compenſation wiederholt beleuchtet worden. Ueber die practiſchen Reſultate iſt auch jetzt kein Zweifel mehr, darüber hat die Praxis ſchon längſt den rechten Weg gefunden, und würde ihn auch wohl dann gefunden haben, wenn ſie nicht von der Doctrin darin unterſtützt worden wäre. Dagegen ſteht es um die hiſtoriſche und exegetiſche Grundlage deſto mißlicher, und es iſt nicht zu viel geſagt, daß von dieſer Seite kein einziger Satz ſo ſicher begründet iſt, daß er nicht bezweifelt werden könnte, und ſchon bezweifelt worden wäre. Daher darf die Unterſuchung jeder Zeit wieder aufgenommen werden, ohne daß der, wer ſich dazu entſchließt, Beſorgniß vor der Vermuthung zu hegen nöthig hätte, daß neunmal Geſagtes nun zum zehntenmal wiederholt werden würde. Worin Alle übereinſtimmen, das Bekenntniß lege aber auch ich, und zwar gleich von Anfang herein ab, — Gewißheit, Zerſtreuung aller Zweifel iſt

bei dem Zustande der Quellen, woraus wir schöpfen, unmöglich. Unter diesen Umständen wird man es schon für nicht überflüssig erachten, die verschiedenen gelungenen oder beifällig aufgenommenen Versuche, welche sich zerstreuet bei verschiedenen Schriftstellern befinden, zusammenzustellen und sie, soweit es nöthig, einer neuen Prüfung zu unterwerfen. Es wird sich auf diese Weise, und in Verbindung mit einigen neuen Anschauungen, deren Beweis zu führen ist, eine mehr in allen ihren Theilen übereinstimmende Darstellung der Sache für das justinianeische Recht liefern lassen. Zweierlei habe ich noch zu bemerken. Erstens, daß es keineswegs auf eine Entwickelung der Wirkungen der Compensation insgesammt abgesehen ist, sondern nur soweit, als die Ueberschrift es anzeigt, also m. a. W. auf die Bedeutung der Wirkung ipso jure. Sodann aber, daß nicht etwa eine ausführliche Untersuchung der verschiedenen, an diesen Begriff geknüpften Bedeutungen hier vorauszuschicken war, wie sehr auch sonst eine solche, oder wenigstens eine beleuchtende Durcharbeitung der darüber schon von Andern gesammelten Resultate nöthig ist. Diese behalte ich mir für eine andere Zeit vor. Wir können uns ganz einfach mit den beiden bekannten Hauptbegriffen und Gegensätzen begnügen, dem materiellrechtlichen, d. h. wenn eine Erscheinung im Rechtsgebiete ohne Vermittelung eines Menschen, nur als Folge bestehender Rechtsgrundsätze eintritt, und dem prozessualischen, welcher dem ope exceptionis entgegensteht. Denn auf diese läuft es nur hinaus, wie auch Niemand in Abrede stellt. Ich bin überzeugt, daß es zur Erreichung des vorgesteckten Zwecks in der That nur auf richtige Auslegung der eingreifenden Quellenzeugnisse, und ihr Verhältniß und ihre Verbindung untereinander ankommt. Nur Eine Erörterung von allgemeiner Natur wird dabei nöthig, wie viel auch durch das Hereinragen mannigfaltiger Lehren, es zu sein scheinen, — die der Lehre von der Vorschützung der Exceptionen gegen das Ende des römischen Formularprozesses und nach dessen Erlöschen, unter Berücksichtigung des Unterschieds

der bonae fidei und stricti juris judicia, jedoch nur, um eine Meinung zu widerlegen, nicht eine solche darauf zu gründen. Auch ist dies Alles, was von diesem Unterschiede in nähere Betrachtung zu ziehen ist, als daß nicht auf das Bekannte Bezug genommen werden dürfte. — Einen sichern Beweis der Richtigkeit dieser Verheißungen geben die ausführlichen, und wenigstens soweit wohlgelungenen Untersuchungen der beiden Monographien über die Compensation in Bezug auf die namentlich berührten Punkte, daß günstige Resultate nicht fehlen könnten, wenn sie dadurch zu erlangen wären. Ich glaube aber schon nicht Unrecht zu thun, wenn ich die Ueberzeugung ausspreche, daß durch dieselben der Stand der Dinge, wie er vorher war, um nichts verändert worden ist, wenigstens nicht zum Bessern. Der beste Beweis, wenn ich Recht habe, muß das Folgende selbst geben.

Folgender Satz darf jetzt in der Doctrin des geltenden Rechts allgemein als richtig angenommen aufgestellt werden. „Wenn der Schuldner Gläubiger seines Gläubigers wird, so ist das ein Ereigniß, welches auf das Fortbestehen des früheren Schuldverhältnisses nicht nothwendig Einfluß hat, denn es lassen sich beide sehr wohl neben einander denken. Es steht aber jedem von beiden Gläubigern frei, wenn er vom andern angegriffen wird, seine Forderung auf seine Schuld abzurechnen, vorausgesetzt, daß die materiellrechtlichen Erfordernisse dazu vorhanden sind. Ob er das will, und gegen welche von mehreren Forderungen er seine Gegenforderung geltend machen will, hängt von ihm ab[1]; er übt also damit ein Recht aus, und das Mittel dazu ist die Exception, wobei er rücksichtlich der thatsächlichen Darstellung die gewöhnlichen Regeln zu beobachten hat[2]."

---

[1]) Fr. 5. 13. 18. §. 1. *de Compens.* Fr. 1. §. 4. *de contrar. tut. act.*

[2]) Krug die Lehre von der Compensation S. 209. Hartter das röm. deutsch. R. der Comp. S. 205. ff.

Dieser Satz beruht auch auf doppelte Weise in der Nothwendigkeit; der Richter kann ja weder die gegenseitigen Forderungen alle kennen, noch wissen, ob die Gegenrechnung dem gelegen ist, wer sie für sich geltend machen kann. Sodann erkennen ihn die Quellen in den Ausdrücken: opponere compensationem [1]), summovere creditorem [2]), reputare [3]), reputationem habere [4]), retinere in Verbindung mit Compensation [5]) compensationes aequitatem postulare [6]), objicere [7]) und ähnlichen ausdrücklich an. Dagegen kommt nicht vor exceptio compensationis, wohl aber öfters, daß der Gesammtbetrag einer Forderung in Folge einer Gegenrechnung ipso jure verringert oder verloschen sei, minutum est, desinere nos invicem esse obligatos, ipso jure factam liberationem. Es kommen hier namentlich folgende Stellen in Betracht:

1. Fr. 4. *de Comp.* — Verum est, quod et Neratio placebat et Pomponius ait, ipso jure eo minus fidejussorem ex omni contractu debere, quod etc. compensatione reus retinere potest; sicut enim cum totum peto a reo, male peto, ita et fidejussor non tenetur in majorem quantitatem, quam reus condemnari potest. (Paul. s. *ad Sab.*)

2. Fr. 10. pr. und §. 1. *eod.* Si ambo socii parem negligentiam societati adhibuimus, dicendum est desinere nos invicem esse obligatos, *ipso jure* compensatione negligentiae facta. Simili modo probatur, si alter ex re communi aliquid percepit, alter tantam negligentiam exhibuerit, quae eadem quantitate aestimatur, compensationem factam videri, et ipso jure invicem liberationem. §. 1. Si quis igitur compensare potens,

---

[1]) Fr. 10. §. 2. *eod.* C. 7. *ej. Tit.*
[2]) Fr. 2. *de Comp.*
[3]) Fr. 1. §. 4. *de contrar. tut. act.*
[4]) Fr. 1. §. 2. *de Impens. in res dotal.*
[5]) Fr. 31. §. 2. *de Donat. i. v. et ux.*
[6]) C. 6. *de Compens.*
[7]) C. 8. 10. *eod.*

solverit, condicere poterit, quasi indebito soluto. (Ulp. 63. *ad Ed.*)

3. Fr. 30. pr. *de A. E.* enthält den Fall: es iſt ein Sclav mit dem peculio verkauft worden; noch vor der Tradition beſtiehlt er den Verkäufer, — retentionem eo nomine ex peculio me habiturum ait (Africanus), i. e. ipso jure ob id factum minutum esse peculium, eo scilicet, quod debitor meus ex caussa condictionis sit factus. (Afric. 8. *qu.*)

4. Fr. 5. pr. *de Impens. in res dot. etc.* beſchreibt die Sache ſo: quod dicitur, necessarias impensas dotem minuere, sic erit accipiendum, ut ait Pedius, non ut ipsae res corporaliter deminuantur, utputa fundus, vel quodcunque aliud corpus; etenim absurdum est, deminutionem corporis fieri propter pecuniam, ceterum haec res faciet desinere, esse fundum dotalem vel partem ejus; manebit igitur maritus in detentionem, donec ei satisfiat; non enim ipso jure corporum, sed datis fit deminutio. Ubi ergo admittimus, deminutionem datis ipso jure fieri? ubi non sunt corpora, sed pecunia; nam in pecunia ratio admittit, deminutionem fieri. Proinde si aestimata corpora in dotem data sint, ipso jure dos deminuetur per impensas necessarias[1]). Etc. (Ulp. 35. *ad Sab.*) (ſ. noch Fr. 15. *eod.*)

---

[1]) Wie das: dos minuitur, hier zu verſtehen ſei, iſt theils aus der Stelle ſelbſt, theils aus der Verbindung mit Fr. 1. §. 4. *de Dote prael.* zu entnehmen, wo es heißt, dies ſei ad universitatem referendum und C. un. §. 5. *de Rei ux. act.* — dotis minuunt quantitatem, ſ. noch beſ. Fr. 2. Tit. cit. Vergl. auch Glück Commentar Bd. 27. S. 398. ff. Da die Erklärung ſo nahe liegt, ſo darf man ſich billig wundern, daß von den ältern Interpreten ſo mannigfaltige und weitläuftige Verſuche und Anſtalten dazu getroffen worden ſind. — Nur hier iſt des Verſuchs in einer Schrift, die als academiſche nicht ſehr bekannt geworden zu ſein ſcheint, nemlich: Einert de Compensat. Sp. I. Lips. 1830. zu gedenken, den Stellen, worin auf die Compenſation bezogen ipso jure vorkomut, eine ganz andere Auslegung zu geben. Das Seltſame und Gezwungene derſelben iſt aber eigentlich zu ſtark, als daß es dem beſonnenen Verf. hätte entgehen können, und es gewinnt den Anſchein, als habe

Gleichwohl widerspricht dem Eingangs aufgestellten Satze weder der Mangel einer wirklichen Exceptio compensationis, noch das Wirken der letztern ipso jure, sondern es verhält sich damit also. Die Compensation ist ein Produkt der aequitas[1]). Ueber die Entstehung ihres Einflusses auf geltend gemachte Forderungen belehren uns Gajus[2]) und Justinian[3]). Anfangs fand ein solcher gar nicht Statt, — nemlich wenn wir uns in die Zeit zurückversetzen, wo es nur stricti juris judicia gab. Zuerst machte er sich geltend bei den b. f. judiciis[4]). In his enim libera potestas judici permitti videtur ex bono et aequo aestimandi, quantum actori restitui debeat. In quo et

---

er sich einmal in Paradoxen gefallen. So z. B. wird in Fr. 4. cit. das erste ipso jure eo minus etc. so verstanden: eo jure ipso, und dann für quod ex comp. etc., *quo* emendirt, und das zweite ipso jure wird auf das Bürgschaftsverhältniß überhaupt bezogen. Gegen Fr. 10. cit. wird bemerkt, daß ja ipso jure hier auf negligentia gehe, nicht auf debitum und creditum! Von C. 4. *de Comp.* (s. nachher oben im Text,) heißt es: aliud est, solutionem fieri ipso jure, aliud, compens. ipso jure pro soluto haberi. Sämmtliche übrige Stellen verspart der Verf. für ein anderesmal (Largior, esse alia loca a commentatoribus diligenter collecta, quae clare admodum enunciant, comp. ipso jure fieri etc.); nach Krugs Vorr. zu s. Buche von der Comp. hat der Verf. den Gegenstand nicht weiter verfolgt.

[1]) Fr. 36. *de Administr. et periculo tut.* — aequitas, quae merum jus compensationis inducit, *etc.* Fr. 18. pr. *de Comp.* — aequitate compensationis uti. Vergl. Krug a. a. O. S. 17. ff. 22. ff.

[2]) Comm. Lib. IV. §§. 62. 63.

[3]) Inst. §. 30. *de Action.* coll. §. 39.

[4]) Vergl. Krug, a. a. O. S. 38. ff. Savigny in seinem System Bd. V. S. 489. hält die b. f. und str. jur. actiones für gleich alt, und glaubt S. 639., daß namentlich auch »das System sämmtlicher Condictionen mit einemmale entstanden sei.« Dies ist ein Feld, worüber schwerlich jemals volles Licht verbreitet werden wird. Gegen jene Meinung scheint mir die höchste Unwahrscheinlichkeit zu sprechen. Sollte sie richtig sein, so ändert sich an der obigen Darstellung gar nichts weiter, als daß die Compensatio von Anfang an bei den b. f. actiones erscheint, soweit sich deren Geschichte verfolgen läßt.

illud continetur, ut si quid invicem actorem praestare oporteat, eo compensato in reliquum ei is, cum quo actum est, condemnari debeat. Zur Allegation des Compenſandum bedurfte es alſo hier nicht der Form der exceptio, noch der ſpeziellen Anweiſung in der Formel an den Richter; in his quidem, ſagt Gajus, nullo modo est injunctum compensationis rationem habere, neque enim formulae verbis praescribitur; sed quia id b. f. judicio convenions videtur, id officio ejus contineri creditur. Die ausdrückliche Aufnahme der exceptio doli in die Formel wäre dem Begriffe der b. f. judicia entgegen, weil ſie eis inest. Dieſer letztere Umſtand iſt aber zugleich ein directer Beweisgrund, daß die Allegation in objectiver Beziehung als eine exceptio zu denken iſt. Für dieſe judicia lief alſo die Wirkung auf einen Abzug und die condemnatio in reliquum hinaus. Auf die stricti juris judicia erhielt die Compenſation allmählich Einfluß [1]), bis ein Reſcript des Kaiſers Marcus Antoninus ihn generaliſirte, — sed et in strictis judiciis ex rescripto D. Marci, opposita doli mali exceptione, compensatio inducebatur [2]).

---

[1]) Schrader Comment. ad §. 30. Inst. cit. verba: sed . . . inducebatur. Aus der Zeit vor Kaiſer Marcus ſind Fr. 10. §. 3. und Fr. 15. *de Comp.* Wahrſcheinlich war die Anwendbarkeit der e. doli auf ein ſolches Verhältniß nicht allgemein anerkannt, ſondern von den Umſtänden abhängig. Vielleicht iſt dies der Grund, daß Gajus dieſer Compenſation nicht gedachte, Unterholzner Lehre von den Schuldverhältn. Bd. I. S. 549. *m*); indeſſen war es keine Nothwendigkeit für ihn, auf dieſen Umſtand zu kommen, da er die Compenſation nur gelegentlich, nicht ſyſtematiſch berührt. Vergl. noch Haſſe im Archiv für civ. Pr. Bd. VII. S. 170. Fritz Erl. Bd. II. S. 397. Krug S. 44. f. Albrecht Except. S. 88. f.

[2]) Hartter a. a. O. S. 10. 12. nimmt außer der Möglichkeit, daß im ältern Prozeß die Compenſation entweder ipso jure (im prozeſſualiſchen Sinn), oder ope exceptionis gewirkt habe, noch die dritte: officio judicis als eine verſchiedene dann an, wenn ſie einer prätoriſchen Klage entgegengeſetzt wurde, und will darnach verſchiedene Stellen erklären, z. B. daß trotz der Titelüberſchrift Fr. 38.

Mit der Aufhebung des Formularprozesses verschwand der formale Grund zu der Verschiedenheit der bonae fidei und

de H. P. nicht die Rei vindicatio, sondern nur die Publiciana betroffen habe. Allein das ist den Quellen zuwider. Ipso jure trifft hier mit officio judicis zusammen. Ebenso unrichtig ist es, (S. 15.) daß eine Aufnahme der Exceptionen in die Formeln der prätorischen Klagen nicht nöthig gewesen sei, denn s. Zimmern röm. Prozeß S. 305. Anm. [1]) — Eine Ansicht mit ähnlichem Resultat, freilich mit anderer Begründung, — denn wie diese bei Hartter beschaffen ist, das läßt sich daraus ermessen, daß er S. 15. die prätorischen Klagen mit denen bonae fidei schlechtweg identificirt, — findet sich jetzt bei Savigny a. a. O. S. 467. und 480., wiewohl er anerkennt, daß gegen prätorische Klagen Exceptionen wie gegen andere Platz ergreifen können, s. S. 173. Dieser lehrt: »für die bonae fidei actiones habe die Beschränkung nicht gegolten, daß die Exceptionen in die Formel hätten aufgenommen werden müssen.« Für die prätorischen Klagen sagt er S. 480. zwar nicht ausdrücklich dasselbe, allein es läßt sich nicht anders verstehen (s. noch denselben S. 472. f.). Er citirt dann die bekannten Fr. 3. *de Resc. vend.* Fr. 21. *Sol. matrimon.* etc. Fr. 84. §. 5. *de Leg.* I. u. Fr. 7. §. 5. *de Pactis*, welche sagen, daß bonae fidei judiciis die exceptiones doli und pacti inesse, und fügt hinzu: »man könne hierdurch verleitet werden, (Zimmern a. a. O. S. 191. und 305. Anm. [1]) lehrt dies mit dem stärksten Nachdruck und eifert gegen die von S. in Schutz genommene Meinung,) die Regel auf jene Einreden zu beschränken, so daß die davon ausgeschlossen wären, welche einen mehr positiven Ursprung haben, wie z. B. rei judicatae, SCti Vellejani. Allein dieser Beschränkung widerspreche die andere Regel, nach welcher jede Exception zugleich die doli exceptio in sich schließt, indem der Kläger nunc petendo facit dolose; s. Fr. 2. §. 5. *de Doli exc.* Fr. 36. *de V. O.*« Ich kann dieser Ansicht nicht beipflichten; die letzte Stelle handelt fürs erste von eigentlichem dolus; sie statuirt die e. doli für den per machinationen obligatum, und setzt hinzu: Idem est, etsi nullus dolus intercessit stipulantis, sed ipsa res in se dolum habet, cum enim quis petat ea ex stipulatione, hoc ipse dolo facit, quod petit. (Ulp. 48. *ad Sab.*) Die erste Stelle hingegen sagt: Et generaliter sciendum est, ex omnibus *in factum* exceptionibus doli oriri exceptionem, quia dolo facit quicunque id, quod quaque exceptione elidi potest, petit. etc. Nur die *in factum* exceptiones sind hier gemeint. Der Versuch einer gründlichen Untersuchung über dieses Thema würde hier viel zu weit führen, und ist auf das hier vorgesteckte Ziel sogar ohne allen Einfluß. Deshalb bemerke ich

stricti juris actiones, wenn auch jene Verschiedenheit selbst mit

nur kurz Folgendes. Mag auch über den Begriff der in factum exceptiones Abweichung der Ansichten herrschen, so ist doch so viel gewiß, daß nicht alle Exceptionen darunter zu verstehen sind. S. Keller Litiscont. S. 343. [11]), welcher die exc. in factum in Fr. 2. §. 5. cit. der actio in factum concepta für parallel hält, so daß sie eine Einrede bezeichne, welche eine einzelne bestimmte Thatsache benennt, im Gegentheil der e. doli, welche einen juristischen Begriff, den der dolus enthält, und dem Juder außer der Untersuchung eines Factum auch die Subsumtion desselben unter jenen aufgiebt. — Fritz Erl. Bd. I. S. 105. Krug Compens. S. 44. versteht unter den in factum die im Edict nicht mit besondern Formeln versehenen, und also benannten Exceptionen. Burchardi Wiedereinsetzung S. 292. Göschen Vorles. Bd. I. S. 470. versteht unter in factum die Exceptionen, für welche es keine technische Namen giebt. Ferner nehmen die s. g. e. doli generalis nicht in so weitem Sinn, wie sie nach Savigny genommen werden müßte: Hänel im Archiv Bd. XII. S. 421. ff. (auch dieser sagt immer noch »es giebt fast keine Einrede, welche nicht doli genannt würde« u. s. w. Mühlenbruch Pand. §. 164. bei 26. Dieser versteht »die facti exceptiones als die auf Billigkeit gegründeten, einen Begriff, den die Neueren mit e. doli generalis bezeichnen.« Wangerow Leitfaden Bd. I. §. 155. Anm. 2. bezieht diese auf solche Fälle, wo die condemnatio eine iniqua gewesen sein würde, so daß fast jede andere Exception als e. doli behandelt werden könnte, sobald damit der Beweis verbunden wird, daß sie dem Kläger bekannt gewesen sei. Der einzige von den Neuern, welcher m. W. so allgemein wie Savigny nach den oben gedachten Stellen, und dazu nach einigen andern die e. doli versteht, und sie, mit Ausnahme der Fälle, wo Ehrerbietung oder Unkunde den Begriff des dolus ausschließen, an Stelle jeder andern für brauchbar erklärt, ist Schilling Institut. Bd. II. S. 391. Zus. 3. Zimmern Proz. §. 94. zu Anf. scheint zwar insofern gleicher Ansicht zu sein, als er alle Exceptionen ohne Ausnahme für in factum hält; allein sein hinzugefügter Grund, weil sie ja sämmtlich prätorisch seien, ist irrig (man denke nur an die e. justi dominii, Legis Cinciae etc.) und wird von Savigny selbst S. 173. ff. desavouirt, welcher sich mit vollem Recht der neuerlich immer mehr um sich greifenden grundfalschen Ansicht widersetzt, daß alle Exceptionen aus der aequitas herstammten. (Ders. S. 172. ff. 180. ff.) — Ich gebe gegen den von Savigny für die adoptirte Meinung aufgestellten Grund noch zu bedenken, daß damit offenbar zuviel bewiesen wird, denn er führt zu folgenden Con-

ihren Folgen im Ganzen nicht untergieng[1]). Hier sind nun in Anwendung auf die Compensation sowohl in der ersten, wie

sequenzen. Wenn »jede Exception zugleich die doli in sich schließt,« so gäbe es ja in der That im ganzen römischen Prozeß nur eine einzige Exception? nemlich die e. doli. Ich will nun aber diese eigenen Worte S's nicht einmal so verstehen, wie man wohl könnte, nemlich, daß, wenn irgend eine exceptio vorgeschützt ist, diese die Wirkung habe, wie sonst die e. doli, sondern nur so, daß, wer irgend eine für sich habe, diese in dem Gewande der e. doli vortragen könne; allein selbst damit kommen wir zu einem Resultat, welches Niemand zugeben wird, nemlich, daß jedes stricti juris judicium in ein bonae fidei jud. auf diese Weise habe verwandelt werden können. Denn bekanntlich wird ein solches der erstern Art sogar noch durch die replica doli in ein bonae fidei judicium verwandelt, s. C. 2. *de Except.*, wie Savigny S. 501. selbst lehrt. — Daß prätorische Klagen übrigens in der in dieser Anm. zur Sprache gebrachten Beziehung den civilen parallel stehen, dafür beziehe ich mich jetzt nur z. B. auf Fr. 95. §. 4. *de Solut.*, wo es heißt, daß eine naturalis obligatio *justo pacto ipso jure tollitur*, und andererseits auf folgende Stellen, in denen Exceptionen gegen prätorische Klagen, wie gegen civilrechtliche vorkommen: Fr. 1. §. 3. *de Lib. exhib.* Fr. 4. §. 1. *Ne vis fiat ei* etc. Fr. 12. pr. *de Inoff. testo.* Fr. 48. §. 2. *de Aed. Ed.* (Ferner die annua exceptio gegen prätorische Klagen.) Das Weitere muß ich einer andern Gelegenheit vorbehalten, da hier ein beinahe noch wüstes Feld vor uns liegt.

[1]) Man kann die Frage aufwerfen, wie sich das nun mit andern, nicht unter diese Eintheilung fallenden, Klagen, namentlich den prätorischen und den in rem actiones gestaltet habe? Aus der vorigen Anmerk. ergiebt sich, daß die ersteren keineswegs einen Gegensatz zu den b. f. u. str. jur. rücksichtlich der Exceptionen gebildet haben können, sondern daß unter ihnen selbst analoge Beziehungen geherrscht haben müssen. Von den in rem actiones wird im Besondern noch unten weiter die Rede sein. Daraus, daß Justinian für diese und alias quascunque actiones die Compensation ausdrücklich für statthaft zu erklären nöthig erachtete, läßt sich mit Sicherheit schließen, daß sie bis dahin nicht allgemein dafür zulässig gehalten worden sein kann. Daß aber die Compensation im Gewande der e. doli, soweit sie materiell möglich war, gewirkt habe, ist sehr wahrscheinlich. Da übrigens unser Hauptziel die Erklärung des Umstandes ist, was unter der Wirkung der Compensation ipso jure im justinianeischen Recht zu verstehen sei, die prozessualischen Verschiedenheiten zwischen den civilen und den prätorischen Klagen

in der zweiten Beziehung Ansichten aufgestellt worden, die ich für unrichtig halte. Wenn von diesen dargethan werden kann, daß sie auf Abwege führen, wird sich der richtige Weg desto leichter als solcher erkennen lassen.

Vorerst ist nemlich eine fortwährende Verschiedenheit darin behauptet worden, daß nur bei b. f. actiones die Exceptionen jeder Zeit, also nach der Litiscontestation, haben vorgeschützt werden können, bei str. jur. actiones hingegen nur bis zu derselben. Das soll auch noch zu Justinians Zeiten und bis zur C. ult. *de Comp.* so gewesen sein. — Wäre das wahr, so würde allerdings die möglichst geringe Modification der Verhältnisse vorgegangen, es würde darin eine Parallele des frühern Zustandes erhalten worden sein. Allein dem ist nicht so. Ich kenne keinen Grund, welcher diese Behauptung über den Begriff einer Hypothese zu erheben vermöchte. Auch als solche aber ist sie nur von scheinbarem Werth, und die Parellele trügerisch. Der Grund, weshalb im Formularprozeß die Exceptionen bei stricti juris actiones vor der Litiscontestation angemeldet werden mußten, ist nemlich in spätern total verschwunden, und nicht der fernste Anklang mehr davon geblieben. Dieser Grund ist ebenso bekannt, als daß bei ihm der Begriff einer Losreißung nicht im geringsten maaßgebend gewesen ist, obwohl die Verhältnisse etwas Aehnliches für die str. jur.

---

aber damals wirklich gänzlich verwischt waren, so würde es selbst dann ganz fruchtlos sein, das näher zu erörtern, was früher hier möglich gewesen sei, wenn ein sicheres Resultat zu erwerben wäre, während ich überzeugt bin, daß man kaum über Vermuthungen hinaus kommen würde. Für das vorjustinianeische Recht können wir uns also rücksichtlich der persönlichen Klagen ganz einfach bei den civilen stricti juris und bonae fidei begnügen. Wenn man annehmen will, daß wegen der justinianeischen Veränderung in Betreff der aliae quaecunque actiones, Compensation bei diesen andern, also den prätorischen, früher unzuläßig gewesen sei, so habe ich auch nichts dagegen. Das affizirt die oben im Text folgende Betrachtung dann gar nicht.

actiones zufällig mit sich brachten. Lediglich auf eine Losreißung würde es nun aber hinaus laufen, während es an jeder Erklärung ihrer Entstehung, an aller Veranlassung dazu fehlt. Diese Analogie mag irre geführt haben. Auf der andern Seite steht dagegen, daß, wie mit der größten Wahrscheinlichkeit anzunehmen ist, die Litiscontestation des spätern und namentlich des justinianeischen Prozesses die Einreden gar nicht mitumfaßt, daß m. a. W. jener Begriff als eingetreten erschien, bevor es überhaupt zum Vorschützen von Exceptionen kam[1]). Ganz sichern Boden, um jene Ansicht als falsch zu erkennen, gewinnt man durch die Erörterung der Frage, wann seit der großen Veränderung des römischen Prozesses die Exceptionen[2]) haben vorgeschützt werden dürfen oder müssen? Dabei tritt nemlich ein Unterschied zwischen den beiden Arten von Klagen gar nicht mehr hervor, sondern, wie es aus materiellen Gründen nun auch ganz angemessen und natürlich war, die Grundsätze sind ganz allgemein geworden. Allerdings hat die Beantwortung dieser Frage für die Zeit des Endes des Formularprozesses sehr große Schwierigkeiten, und läßt für manche Zweifel und Bedenken Raum. Allein für die spätere Zeit ist volle Sicherheit vorhanden; jene sind nur von historischer Natur, und übrigens alle von der Art, daß ihre Hinwegräumung gar nicht im Interesse der diesseitigen Ansicht zu versuchen wäre, sondern in dem der entgegengesetzten liegt. Demungeachtet soll Alles des Zusammenhanges wegen erwogen werden. Die Stellen, auf welche es zunächst ankommt, sind diese:

1) C. 4. *de Except.* Quum nondum finitam sententia causam sed dilatam allegetis, non est dubium, integras defensiones vobis esse (223.).

---

[1]) Sintenis Erl. über Civ. Proz. Bd. I. S. 112.

[2]) Es sind nur die peremtorischen gemeint, von den dilatorischen versteht es sich nach wie vor, Kraft ihrer Natur, daß sie zu Anfang vorgeschützt werden müssen, s. C. 12. 13. *de Except.* Bethmann-Hollweg röm. Proz. S. 263. [11]).

2) C. 8. *eod.* Praescriptionem peremtoriam, quam ante contestari sufficit, omissam prius, quam sententia feratur, objicere quandoque licet. (Diocl. et Max. *Coss.*)

3) C. 2. *Sentent. rescindi* etc. Peremtorias exceptiones omissas in initio, antequam sententia feratur, opponi posse, perpetuum Edictum manifeste declarat. Quodsi aliter actum fuerit, in integrum restitutio permittitur. Nam judicatum contra majores 25 annis non oppositae praescriptionis velamento citra remedium appellationis rescindi non potest. (Iid. A. A. et C. C.)

Auf den Grund dieſer und einiger weiter unten noch vorkommenden Stellen bauen die Schriftſteller, welche über den römiſchen Prozeß geſchrieben haben, folgende Darſtellung.

Zimmern[1]) erkennt (1.) zuerſt für den Formularprozeß die Nothwendigkeit als Regel an, daß nur die in jure allegirten Exceptionen durch die Formel in judicium übergegangen ſeien. Unter den Ausnahmen davon nennt er zuerſt die bei d. l. judiciis officio judicis zu berückſichtigenden Exceptionen, (doli im weitern Sinn und pacti conventi,) und dann, daß nach dem prätoriſchen Edict recuperandae exceptionis (nemlich der in jure nicht geltend gemachten,) gratia in integrum reſtituirt werden konnte. Sodann ſagt er (in einem übrigens, wie es ſcheint, durch Schreib- oder Druckfehler entſtellten Satze,) und (2.) die zwar immer anerkannte Regel, daß die Exceptionen gleich zu Anfang opponirt werden ſollten, ſei gerade bei den peremtoriſchen ſogleich nach untergegangenem ordo judiciorum nicht von Belang geweſen, (3.) indem dieſelben zunächſt durch ſogenannte brevi manu ertheilte Reſtitution auch noch vor dem Urtheil zugelaſſen worden ſeien, (4.) und am Ende auch die Reſtitution überflüſſig ſchien." — Wegen des erſten dieſer vier Sätze citirt er C. 2. 4. u. 8. *d.* u. Gaj. IV. §. 125. (ſ. nachher). Wegen des zweiten bezieht er ſich auf Gold-

[1]) röm. Proz. S. 307. Ihm folgt ganz und gar Büchel Erört. Bd. II. S. 56.

tuitur, quaeritur.— Wäre die hier erwähnte Restitution wirklich so allgemein gewesen [1]), wie man die Lücke des Gajus ergänzt hat, und sie nun versteht, so werden wir dadurch um einen Satz in der Lehre von der Restitution reicher, welcher deren ganzer Grundlage Gefahr droht. Vorsichtiger bringt daher Burchardi [2]) jene Stelle in Bezug auf die Lehre von der Restitution wegen Irrthums und Unkunde, mit der Voraussetzung, daß dieser Fehler in concreto wirklich als entschuldbar erscheine, — also, daß Jemand seine Einreden nicht gekannt habe. — Mir scheint zur richtigen Auffassung dieser Stelle die C. 2. *d.* den Schlüssel zu geben, welche freilich selbst erst der Erklärung bedarf. Deren Sinn [3]), wie ich sie auffasse, (s. auch deren Uebersetzung im deutschen Corpus Juris,) ist vor Allem folgender: „das Edictum perpetuum erkläre ganz deutlich, daß zerstörliche Exceptionen, welche zu Anfang des Prozesses übersehen worden, noch bis zur Sentenz nachgebracht werden können. Sei dem zuwider gehandelt worden und der Betheiligte ein Minderjähriger [4]), so werde Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ertheilt; sei er aber ein Großjähriger, so könne freilich der Spruch ohne Appellation, mittelst der Angabe einer nicht vorgeschützten Einrede nicht angefochten werden.“ Die letzten Worte sind in Uebereinstimmung mit der C. 6. §. 1. *de Appell.* (s. nachher) so zu verstehen, daß die Einrede den Appellationsgrund abgiebt, dieses Rechtsmittel also die bei Großjährigen allein zulässige Form sei [5]), — und überhaupt steht der Aus-

---

[1]) Selbst Savigny System Bd. V. S. 187. huldigt dieser Ansicht wenigstens im Vorübergehn.

[2]) Wiedereinsetzung S. 185. vgl. auch noch Francke Beiträge S. 90—94.

[3]) Sie ist ganz mißverstanden von Doneau, Com. Lib. XXII. C. 8. der omittere für differre erklärt, aber auch von Noodt de Jurisd. L. 15. wie guten Willen er auch hat.

[4]) Daß von solchen die Rede sei, nimmt schon die Glosse an.

[5]) Die Basiliken fassen dies ebenso auf (IX. 1. §. 93.), nur irren sie darin, daß sie sogar die Appellation für majores verneinen.

spruch selbst in Verbindung damit, daß majores nicht leicht contra sententias restituirt werden sollen [1]). Daran mag das verbindende nam als ein Anklang zu erklären sein, statt dessen man freilich eher ein vero oder contra erwarten möchte; ein Bedenken, welches übrigens einmal dadurch beseitigt wird, daß wir das Rescript nicht in seiner ursprünglichen Integrität vor uns sehen, sodann dadurch, daß jeder andere hellere Erklärungsversuch unmöglich erscheint, namentlich der, als solle durch den Satz von nam an das Vorhergehende erklärt werden. Uebrigens kommt nam auch nicht für sed vor [2]). — Der zweite der drei Sätze nun, aus welchen die ganze Stelle besteht, ist unverkennbar auf Minderjährige zu beziehen. Es werden nämlich zu der ertheilt werden sollenden Restitution majores ausdrücklich in Gegensatz gestellt, diese sollen Appellation statt deren ergreifen müssen. Die Erwähnung dieser wäre ganz sinnlos, wenn der Gegensatz auf der andern Seite nicht minores beträfe. Hiernach spricht nun Alles dafür und gar nichts dagegen, die Lücke bei Gajus durch die Conjectur »minori« zu füllen anstatt der: reo, was die in der Handschrift übrigen Schriftreste gerade eben so gut erlauben [3]). Damit stimmt auch Fr. 7. §. 4. *de Minor.* Sed et in judiciis subvenitur, sive dum agit, sive dum convenitur captus sit. u. Fr. 36. *eod.* Minor 25 annis omissum allegationem per in integrum restitutionis auxilium repetere potest. (Paul. 5. *Sent.*) vollkommen überein.

Somit behalten wir nun noch den Satz als das Regelmäßige allein übrig, daß das Edictum perpetuum [4]) die Vorschützung der Exceptionen antequam sententia feratur als gestattet

[1]) S. darüber Zimmern Proz. S. 501.

[2]) S. die Stellen bei Brisson. de V. S. §. 4. und noch a. a. O. s. deutsches Corpus Juris Bd. I. S. 547. u. Bd. II. S. 514. 542.

[3]) S. die Hefftter'sche Ausg. p. XLVIII. Not.

[4]) Daß das vorzugsweise sogenannte Hadrian'sche hier gemeint sei, wird wohl Niemand bezweifeln, wenn es auch richtig ist, daß zu Diocletians Zeit Ed. perpetuum nicht gerade jenes immer bezeichnen müsse. Vgl. Zimmern Rgesch. Bd. I. S. 134. [30]).

erkläre. Dieses fällt in das Jahr 131. n. Chr. Da nun Gajus Blüthezeit in das dritte Viertel desselben Jahrhunderts zu setzen ist, der uns doch den Formularprozeß in der alten Reinheit überliefert, und die Aufnahme der Exceptionen in die Formel durchaus als Regel darstellt, so entsteht die Frage, wie es zu erklären sei, daß er jener Vorschrift des Edicts in keiner Weise gedenkt, sondern von den Exceptionen so spricht, als wenn jene Bestimmung des Edicts gar nicht existirte, oder ihm völlig unbekannt geblieben wäre? — Diese Frage wird meines Wissens von Niemanden, weder direkt noch indirekt berührt [1]), und also noch weniger beantwortet. Ich selbst vermag keine andere Lösung zu geben, als die, welche ich von meinem Lehrer Haubold in seinen Vorträgen über Rechtsgeschichte erhalten habe, und welche mit seiner Ansicht über die Bedeutung dessen, was zu Hadrians Zeit mit dem Edikte vorging, zusammenhängt. Er verstand die dürftigen Quellenzeugnisse, welche der geschehenen Aenderung gedenken, dahin, daß die Aenderungen am Edikt unter Hadrian durch seine Theilung Italiens in vier provincias consulares ursprünglich hervorgerufen, und gelegentlich auf die kaiserlichen Provinzen ausgedehnt worden seien, nicht aber auch auf die senatorischen. Die Aenderung selbst habe nur in einer besseren Ordnung des schon vorhandenen Materials des jus honorarium, besonders der bisher schon immer aus einem Edikt in's andere übergegangenen Sätze bestanden, ein Geschäft, welches Hadrian dem Julian übertragen haben möge. Für Italien und die kaiserlichen Provinzen sei diese Einrichtung ein wahres Normaledikt geworden, und heiße in diesem Sinn mit Recht ein perpetuum, nämlich so, daß es nicht etwa im kaiserlichen Namen angeschlagen worden, sondern nur eine Instruction für die Obrigkeiten Italiens und der kaiserlichen Provinzen gewesen, wonach sie ihre

[1]) In Zusammenhang mit der nachher zu gebenden Erklärung bemerke ich nur, daß das, was Puchta Institut. Bd. I. S. 547. über den Umfang der Geltung des Edicts sagt, blos auf seine Stetigkeit Bezug hat, auf die Verbindlichkeit für die Nachfolger.

eigenen Edikte, also Zusätze, fortan haben anordnen sollen, ohne sich an dem Festgestellten Aenderungen erlauben zu dürfen. Ueber die übrigen Theile des Reichs habe sich das nicht erstreckt, namentlich sei es in Rom beim Alten geblieben. Nur möge freilich, sowohl hier, wie in den senatorischen Provinzen, die Klugheit geboten haben, sich nach und nach an Hadrians Ediktalnorm möglichst anzuschließen. Daraus erkläre sich denn, warum Gajus über die Edikte der Obrigkeiten so spreche, wie es nur von einem ältern Juristen zu erwarten sei, und woher es komme, daß die Schriftsteller dieser Aenderung so wenig gedenken, also ihr eine so geringe Bedeutung beilegen. Die Folge sei aber unverkennbar, daß allmälich im ganzen Reiche immer mehr Gleichförmigkeit in das jus honorarium gekommen sei, so daß schon Ulpian den Text des Edicti urbani in seine Schriften als einen nicht momentan entscheidenden, sondern als den einem Gesetz gleich festgestellten habe aufnehmen können.

Dieser Haubold'schen Ansicht steht nun allerdings die zweier anderer angesehener Rechtshistoriker entgegen, Marezoll's [1]), welcher ausdrücklich das Gegentheil in so fern lehrt, daß Hadrian mittelst unmittelbarer kaiserlicher Verordnung das Edikt in seinen Provinzen und mittelst eines von ihm veranlaßten Senatsbeschlusses in den Senatsprovinzen habe publiciren lassen, — und von Löhr's, die, mit dieser übereinstimmend, mir aus mündlicher Mittheilung bekannt ist. Diese widersprechende Ansicht fußt darauf, wie Justinian in der Constitution Tanta von dem Senatsbeschluß spricht, quod compositionem secutum est. Dies ist deren einzige Stütze. Ich verkenne das Gewichtige derselben nicht. Indessen läßt sich ja doch noch immer annehmen, daß Hadrian zur Publikation in seinen eigenen Provinzen sich der Form eines Senatsbeschlusses bediente. Denn durch die Theilung der Provinzen waren die Formen der Gesetzgebung keine verschiedene geworden, und in der Zeit des Edicti perpetui

[1]) Institut. §. 24. S. 44.

war das Senatusconsultum das Organ des Kaisers überhaupt [1]). Und daß endlich dem erwähnten Senatsbeschluß gar nicht der Zweck der widersprechenden Ansicht beigelegt werden müsse, das erhellt aus Hugo's [2]) Vermuthung, daß der Kaiser die vier Consularen von Italien in dem Senatsbeschluß, wodurch sie ihre Gewalt bekamen, auf das Edikt verwiesen haben möge.

Ich bleibe daher bei der Haubold'schen Erklärung stehen, denn mit ihr ist die Beantwortung der aufgeworfenen Frage allein möglich, welche man sonst ganz schuldig bleiben muß, nämlich, Gajus hat das zu seiner Zeit noch in Rom selbst geltende Recht vorgetragen. Und so ist denn allerdings auf eine einfache und natürliche Weise erklärt, wie damals jenem Ereigniß noch bei weitem nicht diejenige Wichtigkeit beigelegt werden konnte, welche es, als der erste sichtbare Schritt und unmittelbare Anstoß zu der später vor sich gegangenen unmerklichen Entwicklung, nachmals zu haben schien, wo man nur das Resultat in's Auge faßte, und über dessen Wichtigkeit, da es längst feststand, seine Geschichte, die nichts von irgend einigem praktischen Werth darbot, um so gleichgültiger erscheinen mochte, je unempfänglicher das Zeitalter für die wissenschaftliche Seite des Rechts war.

Zu unseren Constitutionen zurückkehrend begegnen wir neuen Schwierigkeiten in der Auslegung der Worte in denselben, welche die Art und Weise der Vorschützung der Exceptionen enthalten. Es kehrt nämlich in den angeführten Stellen eine auch noch in einigen andern [3]) vorkommende contestatio initio habenda und

[1]) Puchta a. a. O. S. 501. f. u. 515.

[2]) Rechtsgesch. S. 726. f. (10. Ausg.)

[3]) Namentlich in C. 9. *de Except.* Si quidem intentionem actoris probatione deficere confidis, nulla tibi defensio necessaria est. Si vero de hac confitendo exceptione te munitum asseveras, de hac tantum agi convenit. Nam si etiam de intentione dubitas, habita exceptionis contestatione, tunc demum, cum intentionem suam secundum asseverationem suam petitor probaverit, huic esse locum monstrari convenit. (Diocl. *et* Max. *Coss.*) C. 9. *de Prescr. l. t.* Emtor bona

ſufficiens wieder. Goldſchmidt [1]) erklärt dies ſo, es reiche hin, die Exception Anfangs nur vorgeſchützt zu haben, der Beweis brauche erſt nachher geführt zu werden. In der That iſt aber damit nichts erklärt, ſondern die lateiniſchen Worte ſind nur überſetzt. Ich bin auch hier wieder in der Nothwendigkeit, zu bekennen, daß ich eine andere als auf Vermuthungen beruhende Erklärung nicht für möglich, und mit dieſer Bevorwortung in einer nähern Beſtimmung die Bethmann'ſche, welche nämlich als Gewißheit vorgetragen wird, für die richtige halte, das heißt: es ſei vollkommen ausreichend, die Exceptionen zu Anfang des Prozeſſes blos namhaft zu machen, anzumelden, und ihre weitere Ausführung bis nach geführtem Beweiſe der Klage zu verſparen, indeſſen ſei das nicht einmal weſentlich nöthig, ſie können vielmehr ohne Weiteres bis zum Urtheil noch vorgeſchützt werden. — Hier tritt nun aber die Frage hervor, wie ſich dieſe Antwort zu dem Satz verhalte, den ſchon das Edictum perpetuum ausgeſprochen haben ſoll? Auf der einen Seite, ſo weit Uebereinſtimmung herrſcht, ſollte man glauben, habe nach anderthalb hundert Jahren ein ſolcher Anſtand wohl kaum noch erhoben werden können, der bis zur Anfrage beim Kaiſer geführt hätte. Auf der andern Seite aber, auf die contestatio habenda hingeſehen, iſt entweder nur übrig, eine Neuerung als geſchehen anzunehmen, oder, daß die C. 2. *d.* den Inhalt des Edikts über dieſen Gegenſtand nicht ganz genau berühre. Die Wahl zwiſchen dieſer letztern Alternative iſt leicht. Gegen die erſtere Annahme

---

fide contra præsentem decennii præscriptione [in] cujus initio contestationem haberi sufficit, posteaquam suam impleverit intentionem petitor, adhibita probatione justae possessionis defensus, absolvi recte postulat. (Diocl. *et* Max. *Coss.*) Das eingeklammerte in giebt keinen Sinn und muß herausgeworfen werden; daß nämlich der Anfang des Prozeſſes gemeint iſt, iſt klar, und wird durch die Baſiliken, Lib. 50. Tit. 11. §. 9. beſtätigt. An kritiſchen Autoritäten fehlt es auch nicht, ſ. die Göttinger C. J. Ausgabe, und meine Anm. im deutſchen C. Jur. zu dieſer Stelle.

[1]) a. a. O. S. 24. [1]).

spricht Alles. Man braucht nicht soweit zu gehen, daß hin und wieder der Satz noch nicht überall eingedrungen gewesen, daß noch der alte Formularprozeß in seiner vollen Integrität sich in manchen Provinzen, oder nach der Ansicht einzelner Richter erhalten habe, so daß dann erst durch diese kaiserlichen Rescripte solche Aeußerungen und Anklänge daran beseitigt worden seien. Es läßt sich vielmehr mit Bestimmtheit annehmen, daß, sofern die Constitutionen dem Beklagten, um so zu sagen, mehr zumuthen, als das Edict nach jenem Bericht, dieser nur zu ungenau ausgefallen, und vielmehr ebenfalls in Parallele mit dem ältesten Formularprozeß, wo die Exceptionen in die Formel aufgenommen werden mußten, deren contestatio initio habenda als das, was regelmäßig zu geschehen pflegt, festgehalten worden sei; und das ist ja auch höchst natürlich. Denn abgesehen einmal von jeder Formregel im Prozeß, wird, um eine richterliche Entscheidung zu erwirken, der Betheiligte stets geneigt sein, lieber zu viel und zu früh, als zu wenig und zu spät zu thun, also der Beklagte seine Einwendungen eher bei Zeiten und auf einmal, als nach gerade zur Sprache bringen. Nimmt man nun die seit Jahrhunderten durch die unumgängliche Nothwendigkeit hervorgebrachte Sitte des alten Prozesses hinzu, so hat das Edict die Regelmäßigkeit der Vorschützung der Exceptionen zu Anfang sicher ebensowohl gekannt, und anerkannt, als Diocletians spätere Constitutionen, und diese sprechen nicht von etwas neuerlich erst Aufgekommenem. — Die Frage aber, wie der doch schon längst festgestellte Satz, daß auch prius omissae exceptiones noch ante sententiam vorgeschützt werden dürfen, so spät noch zu der Nothwendigkeit geführt haben möge, Rescripte darüber einzuholen, oder den Kaiser zu veranlassen, sich darüber auszusprechen, beantwortet sich mit Wahrscheinlichkeit — obwohl es an der Sache auch nichts ändern würde, wenn man die Antwort schuldig bleiben müßte, — daraus, daß diese Rescripte von den Kaisern Diocletian und Maximian aus der kurzen Zeit des letzten Viertels desjenigen Jahres sind, in dessen Monat Juli die

C. 2. *de Pedaneis jud.* über die Transformation des Verfahrens von ihnen erlassen wurde. Es läßt sich denken, daß die Kaiser in vielen einzelnen Fällen um Belehrung angegangen werden mochten, um deren Einfluß genauer kennen zu lernen, und so mögen denn auch diese Rescripte entstanden sein. Wir vermissen in ihr, wie überhaupt in einem solchen Zustande, von welchem sie Zeugniß ablegen, allerdings die Schärfe heutiger Prozeßregeln ebensosehr, wie die Bestimmtheit des ältern römischen Prozesses, wenigstens in den stricti juris judiciis; es ist ein Schwanken eingetreten, und wird der eine Weg als richtig und und der andere als nicht falsch bezeichnet. Allein das kann nicht befremden in einer Periode des römischen Prozesses, in welcher das Streben nach materiellem Recht im Gegensatz zum formellen in der Wahl der Mittel so rücksichtslos ward, daß die nämlichen Kaiser in C. 6. §. 1. *de Appell.* sich dahin aussprechen: Si quid autem in agendo negotio minus se allegasse litigator crediderit, quod in judicio acto fuerit omissum, apud eum, qui de appellatione cognoscit, persequatur, quam votum gerentibus nobis, aliud nihil in judiciis, quam justitiam locum habere debere, necessaria res forte transmissa non excludenda videatur, — ? [1])

[1]) Gelegentlich sei hier noch bemerkt, daß Krug a. a. O. S. 51. f. für die Wirksamkeit der compensatio bei stricti juris judiciis auch noch die Vermuthung aufstellt, daß seitdem auch bei diesen die doli mali exc. jenen den Eingang verschafft habe, demnach, auch wenn diese ertheilt worden, der judex die Gegenrechnung nur dann berücksichtigt habe, wenn dem Kläger das Bestehen auf seine Forderung wirklich zu einem Vorwurf in so fern gemacht werden konnte, als er dadurch einen dolus begehe, daß er schon zur Zeit der Litiscontestatio die Richtigkeit der Gegenforderung nicht wohl mehr habe bezweifeln können. Dieser Vermuthung fehlt es an allem und jedem Grunde. Wenn wir uns an unsere Quellen halten, so kann sie aber gar nicht aufkommen, denn der Bericht über die Verfügung des D. Marcus, der ja recht eigentlich die Geschichte liefern will, enthält nicht die fernste Spur hievon, sondern spricht von der e. doli so allgemein, wie möglich. Es läßt sich auch nicht beweisen, was der Verfasser gelegentlich Anm. [111]) behauptet, daß selbst die e. doli generalis immer eine Bekanntschaft des Klägers mit den Einreden des

Eine andere in prozessualischer Hinsicht mir unrichtig scheinende Ansicht über die Natur der Compensation im ältern Prozeß ist die von Bethmann-Hollweg [1]) vorgetragene, daß die Geltendmachung einer Gegenforderung bei str. jur. judiciis durch doli mali exceptio eine ganz andere Wirkung geäußert habe, als bei b. f. judiciis. Während bei diesen die condemnatio in reliquum die Folge gewesen, könne es bei jenen nur zur condemnatio in solidum oder zur absolutio gekommen sein, so daß also z. B. wer auf zehn belangt worden, und nach vorgeschützter exceptio doli wegen einer Gegenrechnung von fünf nicht seine Klage um soviel ermäßigt, die ganzen zehn verloren habe, so bald die fünf als begründet befunden würden. — Gegen diese Ansicht spricht zuvörderst, daß in Justinians Worten in den Institutionen (IV. §. 30. f. u.): compensatio inducebatur, nachdem er unmittelbar vorher deren Wirkung als condemnatio in reliquum beschrieben, nicht nur nicht der leiseste Anklang an eine Verschiedenheit derselben zu finden ist, sondern daß denn auch gar nicht mehr von compensatio die Rede sein könnte. Sodann aber ist hierbei auch übersehen worden, daß ja die exceptio doli eine stricti juris actio zum bonæ fidei judicium macht [2]). Hiermit stimmt denn auch Theophilus in der Paraphrase überein, indem er vom alten Recht in Gemäßheit der Constitution des Kaisers Markus bezeugt, daß ein Unterschied in der Verurthei-

---

Beklagten voraussetze, denn man s. z. B. Fr. 15. *de Adim. vel transf. leg.* Fr. 16. *ad Leg. Falcid.* Fr. 2—8. *Si quis caution.* etc. — Dieser Behauptungen ist hier nur darum Erwähnung geschehen, weil sie Krug dazu benutzt, um die prozessualische Beziehung des ipso jure in C. ult. *de Comp.* zu demonstriren, und den Beweis dazu vorzubereiten. (S. unten.)

[1]) Rhein. Mus. Bd. I. S. 276. — Albrecht a. a. O. S. 89. ff. stellt ein künstliches Hypothesengebäude zusammen, was nur den Zweck hat, seine Ansichten über das Wesen der Exceptionen im frühern Prozeß mit der justinianeischen Verordnung in C. ult. pr. *de Comp.* zu vereinigen.

[2]) S. C. 3. *de Except.* wonach dies sogar noch die replicatio doli vermag. S. auch Savigny a. a. O. S. 501.

lung nicht stattgefunden habe. Er sagt, nachdem er bemerkt, daß ehedem bei str. jur. judiciis die Compensation ganz und gar nicht Platz ergriffen habe: *Καὶ ταῦτα μὲν, ὅσον ἐκ τῆς ἀκριβείας ἀυτῆς. Διάταξις δὲ γέγονε Μάρκου τοῦ βασιλέως, ἥ τις φησὶν ἐναγομενόν με στρίατᾳ ἀγωγῇ περὶ 10 νομισμάτων, καὶ ἀντεποφειλόμενον 5, δυνάθαι ἀντιτιθέναι τῇ ἀγωγῇ τὴν τοῦ δόλου παραγραφήν. καὶ τῆς τοιαύτης ἀντιτεθείσης παραγραφῆς, χώρα δίδοται τῷ δικαστῇ, δέξαθαι τὴν κομπενσατίωνα, καὶ εἰς 5 μόνα καταδικάσαι νομισματα. ταῦτα μὲν οὖν ἐκ τῶν παλαιοτέρων διατάξεων* [1]).

Mit Unrecht ist nun aus jener unrichtigen Voraussetzung weiter der Schluß gezogen worden, daß diese innere Verschiedenheit je nach der Wirkung noch fortbestanden habe, als die Formeln und der formelle Grund derselben längst verschwunden sei, und daß, nachdem die in innerer Verwandtschaft hiermit stehende alte Strafe der pluspetitio gänzlich beseitigt worden, Justinian consequenterweise auch in Ansehung der Compensation eine Aenderung habe treffen müssen, und das sei in der C. ult. *de Compens.* geschehen. Bevor wir zu dieser übergehen, wollen wir die Betrachtung der Pandektenstellen und Constitutionen, welche oben darüber zusammengestellt wurden, wieder aufnehmen, worin von der Wirksamkeit ipso jure der Compensation die Rede ist.

Mit Sicherheit ist anzunehmen, daß in diesen ipso jure keine prozessualische, sondern eine materiellrechtliche Bedeutung hat. In keiner einzigen nämlich läßt sich der richtige Gegensatz in ope exceptionis setzen [2]). Um dies thun zu können, müßte man erst nachweisen, daß alle diese Stellen von b. f. judiciis han-

---

[1]) Dieses gewichtige Zeugniß sucht Krug a. a. O. S. 59. damit los zu werden, daß es als ein Ueberbleibsel aus einer unhistorischen Zeit keinen Werth habe.

[2]) Hasse a. a. O. S. 171. hat Lust dazu, muß aber denn freilich zu Hülfsmitteln der Art greifen, daß er in Fr. 4. *de Comp.* eine Interpolation annimmt, nämlich ipso jure sei falsch!

deln [1]). Ich schließe mich daher der jetzt wohl ziemlich allgemein angenommenen Ansicht an, daß unter den verschiedenen Bedeutungen der Worte ipso jure hier diejenige gemeint sei, wodurch der Eintritt einer juristischen Erscheinung oder Wirkung ohne vermittelnde Thätigkeit, ohne Willensäußerung eines Betheiligten, also blos in Folge bestehender Rechtsgrundsätze und deren Anwendung auf eine Thatsache angedeutet wird [2]).

---

[1]) Unterholzner a. a. O. S. 550. b) u. 552. y) nimmt das an, aber es ist reine Willkühr, s. nachher neben im Text. Dieser Gelehrte benutzt denn auch eine und dieselbe Stelle, C. 4. *de Comp.* um aus ihr sowohl die prozessualische, als die materiell rechtliche Wirkung zu beweisen. S. dagegen Hasse a. a. O. S. 157. Ja, dies führt ihn so weit, daß er nach C. 4. *d.* selbst die materiell rechtliche Wirkung (Aufhebung der Forderung durch Entstehung der Gegenforderung, wenn man sich hinterher darauf beruft,) bei der deductio und doli exceptio (also bei in rem und str. jur. actiones) nicht annimmt, sondern mithin nur bei b. f. judiciis, und in dieser Beziehung auch Justinians C. ult. für überaus wichtig hält. Vgl. dagegen, was schon Bethmann S. 271. [11]) über C. 4. bemerkt hat. Was er unter deductio versteht, ist nicht bestimmt zu ersehen. Sollten die ältern Stellen gemeint sein, welche von in rem actiones handeln, (Fr. 48. *de R. V*, Fr. 38, 58. *de H. P.*) so wäre dies schon darum falsch, weil bei dieser ja schon ex officio ohne exc. doli consulitur. Deshalb zählt Unterh. S. 549. n) diese Klagen auch mit Unrecht zu denen, worin die Compensation durch e. doli geltend gemacht werde.

[2]) s. Hasse a. a. O. S. 156. Bethmann a. a. O. S. 264. Von ältern Juristen ist zwar auch gelehrt worden, ipso jure bedeute hier, der Richter habe von Amtswegen auf die geschehene Compensation zu achten, also überall, wo sie sich zeige, und ohne alle Rücksicht darauf, ob der Beklagte sich darauf berufen habe, s. z. B. Struben rechtl. Bedenken Thl. IV. Bd. 43. Zasius ad §. 30. J. *de Act.* Diese Meinung möchte aber schwerlich noch einen Anhänger zählen, vgl. Hartter a. a. O. S. 202. Nach der Entwicklung zu Anfang dieser Abhandlung ist sie völlig unhaltbar; das weist ausführlich nach Krug a. a. O. S. 14. f. Dieser Schriftsteller hat aber die eigenthümliche Ansicht, daß im ältern Recht es zur Hervorbringung der Compensation wenigstens einer gewissen Erklärung bedurft habe, d. h. einer außergerichtlichen, schon vor der Zeit, wo es zum Prozeß kommt, wenn man sich später darauf solle berufen

Bei der Gegenrechnung iſt dies nun die Thatſache der Entſtehung der Gegenforderung ſelbſt [1]), und ſonach muß denn die Wirkung natürlich ſchon mit dieſem Augenblick eintreten. Dies beſtätigt unmittelbar C. 4. *ej. Tit.* Si constat pecuniam invicem deberi, ipso jure pro soluto compensationem haberi oportet ex eo tempore, ex quo ab utraque parte debetur, utique quoad concurrentes quantitates, ejusque solius, quod amplius apud alterum est, usuræ debentur, si modo petitio earum subsistit. (Alex.) Mit andern Worten wiederholt, und um nicht mit der Nothwendigkeit der Allegation in ſcheinbaren Widerſpruch zu gerathen, heißt das alſo ſoviel als, wenn der Eine dereinſt im Prozeß als Verklagter ſich auf ſeine Gegenforderung beruft, ſo ſoll die Wirkung der Compenſation ſchon als zu der Zeit ein-

---

können. Als Beweismittel müſſen ihm dabei z. B. dienen, daß es in Fr. 21. *cit.* heißt: nihil *compensat.*, damit ſei ja eine active Handlung angezeigt, und dieſe habe nur in einer Verzichtleiſtung beſtehen können. Auf ſolche Weiſe ſucht er ſogar eine Geſchichte der Compenſation inſofern zu conſtruiren, wann und wie Abweichungen hiervon eingeführt worden, und allmälich der Grundſatz aufgekommen ſei, daß compensatio ipso jure eintrete, der nach neuerm Recht ſich dahin feſtgeſtellt habe, daß die Compenſation mit der Exiſtenz zweier compenſabler Forderungen von ſelbſt eintrete.

[1]) Dieſer Meinung iſt denn auch Krug im angeführten Werke (ſ. namentlich S. 62.), allein wenn er es nicht ausdrücklich ſagte, daß er Haſſe und Bethmann-Hollweg folge, ſo könnte man über ſeine Anſicht von ipso jure ſehr in Verlegenheit gerathen. Der Verf. nämlich vertheilt und ſyſtematiſirt ſeinen Gegenſtand ſo vielfältig (ſ. nur die Ueberſchriften der §§. 5. 7. 9—11. 14—16. 20. 23. 24. und 30.), daß Mühlenbruch in ſeiner Recenſion dieſes Buchs in der A. L. Z. 1835. S. 592. ſagt, der Verf. demonſtrire an der einen Stelle, die Compenſation ſei kein modus tollendi obligationem, ſondern eine bloße exceptio, und an einer andern, daß mit der Exiſtenz des Compenſationsgrundes die Forderung durch die Gegenforderung ohne Weiteres getilgt werde, und daß er vor lauter Syſtem nicht einmal zu einer gründlichen und zuſammenhängenden Unterſuchung über den allgemeinen und poſitiven Rechtscharakter der Compenſation komme. — Und dennoch geſchähe dem Verf. großes Unrecht, wenn man ihm nicht tüchtige Gelehrſamkeit und ängſtliche Sorgfalt bei Behandlung ſeines Gegenſtandes zugeſtände.

getreten betrachtet werden, wo jene entstand [1]). Es ist denn die Thatsache des Entstehens einer Gegenforderung selbst, wodurch die andere nun als längst aufgehoben rechtlich erscheint, nachdem der daran Betheiligte dies als so geschehen betrachtet wissen will.

Derselbe Ausdruck, ipso jure, kommt nun auch in den Bestimmungen Justinians in dieser Lehre vor, und hat in diesen namentlich so große Schwierigkeit für die Erklärung, daß keiner der bisherigen Interpreten sich noch geschmeichelt hat, sie ganz gelöst zu haben. Justinian hat in der C. ult. *de Comp.* verordnet: Compensationes ex omnibus actionibus ipso jure fieri sancimus, nulla differentia in rem vel personalibus actionibus observanda. In den Institutionen (IV. §. 30.) gedenkt er dieser Constitution in dem Zusammenhange der geschichtlichen Ausbildung des ganzen Instituts und zwar unmittelbar hinter den Worten, wo vom Rescript des Kaisers Markus gesprochen worden (s. o.) in den Worten: Sed nostra constitutio eas compensationes, quæ jure aperto notantur [2]), latius introduxit, ut actiones ipso jure minuant, sive in rem, sive personales, sive alias quascunque excepta sola depositi actione, cui aliquid compensationis nomine opponi satis impium esse credidimus, ne sub prætexta compensationis depositarum rerum quis exactione defraudetur. — Daß, um dies zuerst zu berühren, Justinian hiermit der Compensation nicht etwa habe die Eigenschaft beilegen wollen, sie solle so wirken, daß Allegation unnöthig sei, ist darum mit Sicherheit anzunehmen, weil er dadurch mit dem ganzen bisherigen Rechte in Widerspruch geriethe und der Ausübung der Privatrechte vorgriffe. Darin bin ich mit den neuern Auslegern einverstanden [3]); dagegen kann ich mich nicht überzeugen, daß, wie jetzt

[1]) Vgl. Hasse a. a. O. S. 200. ff. u. Bethmann S. 269. u. 271. [11])

[2]) Diese Beziehung auf die Liquidität nach §. 1. der citirten Constitution interessirt hier nicht weiter.

[3]) s. Bethmann a. a. O. S. 274. Fritz Erl. zu Wening Bd. II. S. 400.

nach Bethmann-Hollwegs [1]) Erklärung ziemlich [2]) allgemein angenommenen wird, aus dem ganzen Zuſammenhang ſich ergeben ſoll, es laufe auf eine prozeſſualiſche Steigerung — wenigſtens mit — hinaus, in der nur freilich ipso jure nicht mehr die Bedeutung haben könne, welche es zur Zeit des Formularprozeſſes gehabt haben würde. Dieſe Steigerung: urſprünglich habe die Compenſation nur bei b. f. judiciis Platz gefunden, und Abzug und condemnatio in reliquum bewirkt; ſodann ſei ſie ſeit Mark Aurel auch auf die stricta judicia ausgedehnt worden, nämlich mittelſt e. doli, wo ſie denn die gewöhnliche Wirkung peremtoriſcher Einreden gehabt, d. h. Abweiſung der Klage, und zuletzt ſei ihre Wirkung allgemein die geworden, daß ohne Unterſchied nur in reliquum condemnirt werden ſolle, — dieſe Steigerung iſt eine irrige Folgerung, zu der, wie oben dargethan wurde, die Vorausſetzung, die Grundlage, nicht exiſtirt. War nämlich ein Unterſchied der Wirkung der compensatio bei b. f. und str. jur. actiones nicht vorhanden, ſo war auch keiner auszugleichen [3]). Kann nun Juſtinians Erweiterung, die er eingeführt zu haben ausdrücklich ausſpricht, nicht von prozeſſualiſcher Natur geweſen ſein, ſo muß ſie von materieller Art ſein. Daß er mit der Wirkung ipso jure in dieſer Beziehung und dem Sinn, welcher oben als der der Pandektenſtellen und ältern Conſtitutionen nachgewieſen worden, nichts Neues, was er eingeführt, habe andeuten können, hat ſeine Richtigkeit. Allein, wenn auch hervorgehoben worden iſt, daß ipso jure hier nicht in dieſem Sinn verſtanden werden dürfe, weil er denn unmöglich ſo weit ausgeholt haben werde, um ſeine eigene Verordnung zu berichten, indem er ja damit gar nichts Neues und Beſon-

---

[1]) a. a. O. S. 277. f. ihm folgt Zimmern a. a. O. S. 311.

[2]) Dann ſ. Fritz a. a. O. S. 401. Krug S. 88. ff. ſcheint nicht mit ſich einig zu ſein, er giebt alle Möglichkeiten zu.

[3]) Hiernach erſcheint die von Bethmann S. 277. gezogene Parallele von der Pluspetitio irrelevant.

deres gethan [1]), so muß ich darauf entgegnen, daß weder Inhalt noch Fassung der C. ult. *d.* und des §. 30. der Institutionen Veranlassung geben, in die Wirkung ipso jure etwas Neues, d. h. die verheißene Erweiterung zu setzen, sondern gar nichts entgegensteht, diesen Worten hier dieselbe Bedeutung beizulegen, welche wir für die frühern Quellenzeugnisse angenommen haben (s. o.) [2]). Ganz bestimmt neu und auch in dieser Eigenschaft nirgends verleugnet, ist dagegen die Ausdehnung der Compensation auf alle Klagenarten ohne Unterschied, namentlich auf die in rem actiones [3]), und überhaupt als

[1]) Bethmann S. 274.

[2]) Es ist auch noch auf den Ausdruck actionem minuere (von Bethmann S. 278. f.) besonderes Gewicht gelegt worden; allein, wie trügerisch es ist, aus solchen und ähnlichen Ausdrücken bestimmte Folgen von prozessualischer Natur zu ziehen, und sie damit verbunden zu denken, dafür mögen, statt vieler, nur folgende Beispiele dienen: actio cessat (per except.) C. 16. *de Pactis.* — extinguitur pignus (per except.) Fr. 8. §. 17. *Qu. mod. pignus* etc. — res, d. h. obligatio, perit (per except.) Fr. 91. *de Solut.* — actio perimitur exceptione, Fr. 34. §. 1. *de O. et A.* — desinit debitor esse, qui nactus est exc. Fr. 66. de R. J. Uebrigens aber liegt es doch, da wir den Ausdruck haben: dos ipso jure minuitur per expensas, Fr. 5. u. 15. *de Impens. in res dotal.* offenbar am nächsten, actio minuitur ebenso zu verstehen. — Eine eigenthümliche Ansicht hat Fritz Erl. Bd. II. S. 401. er meint: «es sei zu verstehen, das gerichtliche Berufen des Beklagten auf Compensation solle künftig als Zahlung gelten, und die getilgte Forderung ipso jure aufheben, so daß also diese noch bis dahin bestehe, und «das Faktum der Berufung auf Compensation nicht einen schon stattgefundenen modus tollendi vel minuendi ipso jure obligationem enthält, sondern einen so eben eintretenden.» Hierbei finde ich ipso jure gar nicht erklärt, und überhaupt den ganzen Satz durch Anm. [144]) zerstört, welche den letzten Worten hinzusetzt: «aber mit rückwirkender Kraft.» Uebrigens ist das nicht richtig und nicht einerlei, das hat Krug S. 70. f. gut dargethan. Vgl. auch Hartter S. 204. Denn worin soll der Unterschied zwischen beiden modis denn noch bestehen? — Ihm beizutreten scheint Roßhirt Civilr. Thl. II. S. 415. S. noch, was dagegen schon Bethmann S. 271. bemerkt hat.

[3]) In welcher Art und Weise hier Compensation möglich sei, gehört hieher nicht; ich beharre darüber bei der gewöhnlichen Ansicht, s.

nicht unter die Eintheilung der bonae fidei und str. jur. actiones fallenden [1]), — und dieſes iſt nach meinem Erachten der einzige Zweck der juſtinianeiſchen Verordnung geweſen [2]). Ob und inwiefern ſchon nach Zeugniſſen der Pandektenjuriſten bei in rem actiones Compenſation als zuläſſig anerkannt worden ſei, darüber herrſcht einiger Zweifel. Haſſe [3]) hält dafür, daß eine eigentliche Compenſation nicht vorgekommen ſei, ſondern nur eine Art von Retentionsrecht und deductio mit dem ausdrücklichen Zuſatz, daß in den Pandekten noch keine Stelle nachgewieſen ſei, die von compensatio gegen in rem actiones ſpreche. Das war freilich zuviel geſagt. Die Stellen laſſen ſich in zwei Claſſen theilen, erſtens ſolche, in denen der Befugniß des mit in rem actio Verklagten gedacht iſt, Koſten in Abzug zu bringen, welche auf den Gegenſtand der Klage verwendet ſind. So Fr. 38. *de H. P.* Davon heißt es: id ipsum officio judicis continebitur, nec exceptio doli mali desideratur. (Paul. 20. *ad. Ed.)* Ebenſo heißt es in Fr. 58. *eod.* Filius a patre emancipatus secundum conditionem testamenti matris adiit hereditatem, quam pater, antequam filium emanciparet, possedit, fructusque ex ea possedit; sed erogationem in honorem filii, cum esset Senator, fecit ex ea. Quaesitum est, cum paratus sit pater restituere hereditatem, habita ratione eorum, quae in eum erogavit, an filius nihilominus perseverans petere hereditatem, doli mali exceptione summoveri possit? Respondi, etsi non exciperetur, satis per officium judiciis consuli. (Scaev. 3. *Dig.)* Ferner in Fr. 48. *de R. V.* Sumtus in praedium, quod alienum esse apparuit, a bona fide possessore facti, neque ab eo, qui praedium donavit, neque

---

meine Recenſion des Hartterſchen Buchs über Compenſ. in der A. L. Z. 1838. S. 333.

[1]) Bethmann S. 272. f.

[2]) Demnach zu urtheilen, wie er dieſe Stellen zu einem andern Zweck gedeutet, ſcheint auch Savigny Bd. 5. S. 472. b. dieſer Meinung zu ſein.

[3]) a. a. O. S. 181. vgl. Unterholzner a. a. O. S. 549. n)

a domino peti possunt, verum exceptione doli posita per officium judicis aequitatis ratione servantur, scilicet si fructus ante litem contestatam perceptorum summam excedant; etenim admissa compensatione superfluum sumtum meliore praedio facto, dominus restituere cogitur. (Pap. 2. *resp.*) Es iſt allerdings richtig, daß es ſich in dieſen Stellen um ein Inbehalten und Abziehen handelt, indeſſen iſt das Weſentliche der Compenſation doch vorhanden, und in der letzten Stelle ſogar ſchon der Name. Daß die Forderungen des Verklagten naturales ſind, thut gar nichts, und daß der Anſpruch des Klägers ein compenſables Object betreffe, verſteht ſich von ſelbſt [1]). In die zweite Claſſe ließe ſich zuerſt ſetzen das Fr. 21. §. 2. *de Inoff. test.* Idem respondit evicta hereditate per inofficiosi querelam ab eo, qui heres institutus esset, perinde omnia observari oportere, acsi hereditas adita non fuisset, et ideo et petitionem integram debiti heredi instituto adversus eum, qui superavit, competere, et compensationem debiti. (Paul. 3. *resp.*) Die letzten Worte laſſen ſich allerdings auch ſo allgemein verſtehen, daß keine Confuſion eingetreten, und die Forderung des eingeſetzten Erben ſowohl klagend als durch Exception verfolgt werden könne, alſo m. a. W., daß ſie ganz unverſehrt ſei. Allein es kann wohl keinem Bedenken unterworfen werden, daß hier gerade die Compenſation in Bezug auf die Herausgabe der Erbſchaft zu verſtehen ſei. Denn, cui damus actionem ei multo magis damus exceptionem, ſo fragt man mit Recht, wie denn wohl Paulus in Bezug auf anderweite Schuldverhältniſſe gerade der Compenſation ausdrücklich zu gedenken für nöthig erachtet haben ſollte, wo ſie ſich ganz von ſelbſt verſtand? Er war in einem concreten Fall um Belehrung angegangen worden, und da iſt es doch natürlich, den dem Anfragenden ertheilten Rath unmittelbar auf das vorgetragene Verhältniß zu beziehn. Indeſſen läßt ſich allerdings die Compenſation nicht gegen die in der inofficiosi querela ent-

[1]) Vgl. Haſſe a. a. O. S. 181.

haltene hereditatis petitio gerichtet annehmen, denn sie ist nach den Worten evicta hereditate schon zu Ende geführt, sondern nur gegen die ihr etwa folgende judicati actio. — Ferner wird hieher noch bezogen Fr. 31. §. 2. *de H. P.* — Justus possessor (einer Erbschaft, auf deren Herausgabe belangt,) dubio procul debebit deducere, quod sibi debetur. Daß dies unmittelbar gegen die H. P. geschehen könne, ist zwar nicht ausdrücklich gesagt, indessen ebensowenig, oder sonst aus Andeutungen zu entnehmen, daß es nur gegen judicati actio als zulässig zu denken wäre. Es bleibt also die allgemeine Beziehung offen. — Sind wir nun nach diesen spärlichen Zeugnissen, neben denen es von größter Wichtigkeit sein muß, daß übrigens völliges Schweigen über die compensatio wider in rem actiones in den vorjustinianeischen Quellenzeugnissen herrscht, mindestens wohl zu der Annahme berechtigt, daß die Frage darüber nicht ausgemacht, die Anwendung des Instituts darauf unausgebildet gewesen sei [1]), so that allerdings eine bestimmte allgemeine Verordnung Noth, und so ist denn Justinians neue Verordnung in C. ult. *d.* wohl mit Zuverlässigkeit nur so zu verstehen, daß aller Unterschied der Klagegattungen (unbeschadet der übrigen Erfordernisse zur Compensation) habe aufhören und nun ausgeglichen werden sollen [2]). An der Art und Weise der Wirkung und Wirksamkeit der Com-

[1]) Vgl. Schröder ad §. cit. Inst. verba: *(sive in rem)* und Krug S. 48.

[2]) Albrecht a. a. O. sucht dies namentlich auch aus der Fassung der Constitution und des Berichts über sie in den Institutionen darzuthun, wonach schon dadurch der eigentliche Zweck deutlich ausgesprochen sei. Allerdings ist das richtig, es bedarf aber nach m. E. dieses Mittels gar nicht einmal. Uebrigens lege ich die Worte inter so nicht so aus, wie dieser Schriftsteller, der eine Verschiedenheit der actiones personales darin angedeutet findet, ich beziehe sie auf den allgemeinen Gegensatz der in rem und in personam actiones. Die Worte ipso jure erklärt übrigens Albrecht S. 97. nicht, indem er ihnen gar keine eigentliche Bedeutung beigelegt wissen will. S. auch noch Hasse a. a. O. S. 191. a. E., er sucht aber seine Gründe gleich wieder umzustoßen.

pensation hat er also weder etwas ändern wollen, noch geändert, sondern darin bei seiner Ausdehnung dieser auf alle Klagen dem bestehenden Rechte sich ganz conform gehalten.

Zum Schluß ist noch folgender Einzelheiten zu gedenken. Zuerst der deductio, cum qua bonorum emtor agere *debet*, und der compensatio, quacum argentarius agere *cogitur* [1]). Beides ist veraltet [2]), übrigens aber halte ich Bethmanns [3]) Ansicht für vollkommen richtig, wonach im ersten dieser beiden eigenthümlichen Fälle die Compensation ganz übereinstimmend mit der obigen Auseinandersetzung erscheint. Ihre Nothwendigkeit aber erklärt sich daraus, daß es im höchsten Grade unbillig gewesen wäre, wenn der Schuldner zwar auf das Ganze hätte belangt werden können, aber seine etwaigen Forderungen nur mit Verlust erlangen sollte [4]). Der zweite erklärt sich aus dem besondern Verhältniß der Argentarien; hier galt, wie in vielen andern Beziehungen, so auch rücksichtlich der Compensation das Besondere, daß der Argentar cum compensatione agere cogitur, nicht aber gilt etwa diese gegen ihn ipso jure, — ein Ausdruck, der auf ihn bezogen, auch nicht vorkommt, — so daß sie in gleicher Art und dem Sinne wirkte, wie die confusio, also Vernichtung der concurrirenden Summen. Es spricht nämlich die Fassung der Formel in solchen Verhältnissen (Gaj. IV. §. 64.) dafür, daß beide Forderungen fortbestanden haben. Das Eigenthümliche lag also darin, daß der Argentar bei Einklagung seines Credit auch des Debet gedenken mußte, weil man das Schuldverhältniß, welches aus vielen einzelnen Posten bestehen konnte, als ein Ganzes ansah, und widrigen Falls pluspetitio geschehen wäre. Ob auch der Verklagte, der Gläubiger des Argentars, sich in der Nothwendigkeit befunden habe, seine Forderungen, wenn davon nicht schon vom Kläger

---

[1]) Gaj. IV. §. 63. 64. seqq.
[2]) Unterholzner a. a. O. S. 550. A. B.
[3]) a. a. O. S. 279. ff.
[4]) Unterholzner S. 548. i)

Erwähnung geſchehen, excipiendo gedenken zu müſſen, ſo daß er ſie ſpäter ſelbſtſtändig nicht habe einklagen können, ſtehe dahin.

Sodann ſind noch einige Pandektenſtellen der Aufmerkſamkeit bedürftig. Erſtens Fr. 21. *de Compens.* — Posteaquam placuit inter omnes[1]), quod invicem debetur, ipso jure compensari, si procurator absentis conveniatur, non debebit de rato cavere, quia nihil compensat, sed ab initio minus, ab eo petitur. (Paul. 1. *qu.*) Bethmann hält dieſe Stelle für interpolirt, inſofern ſie generaliſirt iſt, und glaubt, daß ſie ſich urſprünglich gleichfalls auf die Compenſation der Argentare bezogen habe, übrigens aber auch ſo noch für das juſtinianeiſche Recht keinen gehörigen Sinn gebe. — Dieſe Stelle läßt ſich indeſſen doch immer noch ſo verſtehen, daß hier der Kläger ſelbſt, den Abzug auf ſeine Forderung bei ſeinem Klageanbringen ſich gefallen zu laſſen, erklärt hat; damit ſtimmen auch die letzten Worte überein: quia etc. Denn wenn ſich der procurator auf die Gegenrechnung beruft, ſo kann doch in der That nicht geſagt werden, non compensat, und wenn der klagende Gläubiger auf zehn klagt, und weil ihm eine Gegenrechnung von fünf entgegengehalten wird, ſich deren Abzug gefallen laſſen muß, ſo kann von ihm ebenſowenig geſagt werden, eum ab initio minus petiisse, oder Paulus müßte ſich ſelbſt in Betreff deſſen Lügen ſtrafen, was er in Fr. 4. *eod.* ſagt, auf deſſen Erklärung es nun ankommt. Da heißt es ſo: Verum est, quod et Neratio placebat; et Pomponius ait, ipso jure eo minus fidejussorem ex omni contractu debere, quod ex compensatione reus retinere potest, sicut enim totum peto a reo, male peto, ita et fidejussor non tenetur ipso jure in majorem quantitatem, quam reus condemnari potest. (Paul. 3. *ad Sab.*) Auch in dieſer Stelle läßt ſich noch das male petere

[1]) Es iſt vorgeſchlagen worden, die Interpunktion hinter placuit zu ſetzen, das führt aber zu nichts.

in Uebereinstimmung mit allem Bisherigen so erklären[1]), daß nur der Erfolg der Klage insofern gemeint ist, als der Kläger nicht den vollen Klagegegenstand erstreiten wird, non amplius, quam reus condemnari potest.

Nun ist aber noch eine hiezu gehörige Stelle in Paul. Sententiis receptis II. 5. §. 3. vorhanden. Für deren Vereinigung mit der gesammten übrigen Entwickelung der Lehre weiß Bethmann[2]) ebenfalls kein anderes Mittel, als die Vermuthung, daß sie durch Weglassen corrumpirt sei, und ursprünglich auch von Argentarien gehandelt haben möge. Dieses Mittel kann freilich nur das äußerste sein, wenn jeder

---

[1]) Cujac. Op. T. I. p. 77. und nach ihm Detlev. Langebeck Annot. C. 17. (Th. Ott. T. I. p. 557.) und Heinecc. ad Brisson. v. *male*, wollen zwar male agere stets von plus petitio (also auch tempore) verstehen; allein mit vollem Recht ist Duarens (Comm. ad Fr. 4. *de Pactis*) und Alciat's (Parerg. Lib. IV. c. 13.) Ansicht vorzuziehen, welche dem Ausdruck male agere nicht die spezielle technische Bedeutung beilegen, sondern es so auffassen, wie oben geschehen ist, nemlich, wenn die Möglichkeit einer exceptio vorhanden ist. Das zeigt klar Fr. 4. §. 2. *de Pactis*, wo male petere auf keinen Fall eine plus petitio tempore bedeutet, sondern nur erfolgloses Klagen. Dieser Ansicht ist im Allgemeinen auch Bethmann S. 277.[22]).

[2]) a. a. O. S. 285. vergl. mit S. 276.[21]). Das Fr. 4. *d.* berührt er nicht. Gleicher Ansicht über die Stelle aus Paulus ist Unterholzner a. a. O. S. 550. *c*). — Krugs Versuch S. 51.[100]) derselben eine brauchbare Seite abzugewinnen, ist auch vergeblich. S. 88. ff. sucht er dem Paulus, von dem auch Fr. 4. *d.* ist, dadurch beizukommen, daß er überhaupt hierin mit den andern römischen Juristen in Zwiespalt gewesen sei. Allein diese Vermuthungen sind zu unsicher, als daß darauf eingegangen werden könnte. — Hasse spricht S. 180. gelegentlich die Vermuthung aus, daß in frühern Zeiten in allen Schuldverhältnissen, welche auf den Hausbüchern römischer Bürger beruhten, dasselbe gegolten habe, wie später noch bei den Argentarien. Es scheint jedoch, abgesehen davon, daß es auch hier an aller weitern Unterstützung fehlt, ein so künstlich ausgebildetes Verhältniß nicht in einer so frühen Zeit zu suchen zu sein. Zur Erklärung der Paulus'schen Stelle ist hiervon kein Gebrauch zu machen.

andere Ausweg fehlt, allein das iſt hier wirklich der Fall und kann übrigens mit geringerem Bedenken als irgendwo zur Hand genommen werden. Man beachte nur allein die Zuſammenwürflung des Inhalts des Titels, worin dieſe Stelle ſteht. Es iſt der de pignoribus, und er enthält nur drei kurze Paragraphen. Im erſten ſteht die Vorſchrift, der Pfandgläubiger ſolle, bevor er zum Verkauf des Pfandes ſchreite, dieſe Abſicht dem Schuldner vorher dreimal anzeigen. Der zweite erklärt fetus und partus pignoris nur dann für mitverpfändet, wenn es ausgemacht ſei. Der dritte nun lautet ſo: Compensatio debiti ex pari specie et caussa dispari admittitur, velut si pecuniam tibi debeam et tu mihi pecuniam debeas, aut frumentum aut cetera hujusmodi, licet ex diverso contractu, compensare vel deducere debes; si totum petas, plus petendo caussa cadis. — Wenn man dieſer Stelle, vermöge der Art und Weiſe wie, und der Unzuverläſſigkeit, in welcher das ganze Werk durch die weſtgothiſche Lex Romana auf uns gekommen iſt, allen und jeden Werth abſpricht, ſo läuft man wohl keine Gefahr, einem Widerſpruch zu begegnen.

II.

Zur Lehre von der civilen Berechnung der Zeit.

Von

Herrn Dr. J. J. Bachofen zu Basel.

Die Bearbeitungen der Lehre des römischen Rechts von der civilen Berechnung der Zeit leiden alle an einem Gebrechen, welches unserer civilistischen Litteratur überhaupt nicht fremd ist. Sie beginnen mit der Darstellung eines fertigen Systems, welches aus gewissen allgemeinen Prinzipien abgeleitet wird, und dem sich alsdann die Aussprüche der römischen Juristen, zuvor durch willkürliche, ja völlig erzwungene Interpretationen zurecht gelegt, durchaus fügen müssen. — Zu diesem Zwecke hat man nicht nur der Sprache Gewalt angethan, sondern die eigene Willkühr der Behandlung oft dadurch zu verbergen gesucht, daß man den Verfassern unserer Quellenzeugnisse bald Ungenauigkeit im Ausdruck, bald völligen Mangel an festen Prinzipien zu Schulden gab. — Mit dem hier gerügten Fehler der Behandlung, wofür im Laufe der folgenden Darstellung Beispiele genug vorkommen, steht noch ein anderer in Verbindung, der nicht weniger auf Abwege geleitet hat: ich meine das rücksichtslose Bestreben, Widersprechendes zu vereinigen, und eine Uebereinstimmung in den Aussprüchen der Acten zu erzwingen, da, wo eine solche nur auf Kosten der Wahrheit gewonnen werden kann. —

Um diese beiden Klippen, an welchen selbst die neusten und ausführlichsten Darstellungen dieser Lehre, von Reinfelder (der Annus civilis Stuttgart 1829.) und von v. Savigny (System Bd. IV.) gescheitert sind, zu umgehn, giebt es wohl kein sichereres Mittel, als eine sorgfältige, dem irreführenden Einfluß vorgefaßter Ansichten nicht unterworfene Prüfung aller einschlagenden Stellen. Mit dieser soll hier begonnen, und dadurch der Weg zur Aufstellung des römischen Prinzips der Computation angebahnt werden [1].

I. Einen allgemeinen Ausspruch über das Wesen der Civilcomputation finden wir allein in einem Fragment aus Paulus Commentar über die Lex Julia et Papia in l. 134. D. de V. S. (50. 16.). Die besondere Anwendung, die hier davon gemacht wird, interessirt uns jetzt noch nicht [2]. Das Prinzip selbst ist in den Worten enthalten: «Annum civiliter non ad momenta temporum, sed ad dies numeramus.» Der einfache Sinn dieser Worte kann durch folgende Uebersetzung gegeben werden: Nach der Regel des Civilrechts berechnen wir das Jahr nur nach Kalendertagen, nicht nach kleinern Abschnitten, etwa nach Stunden oder noch kleinern Zeittheilen [3]. — Aus andern Nach-

---

[1]) Es ist nicht der Zweck dieser Arbeit, die Erklärung jeder Stelle mit vollständigen Litteratur-Citaten zu begleiten, zumal da die Bearbeitungen des Gegenstandes von Donellus, Rücker, Koch (außer den «Belehrungen über Mündigkeit zum Testiren ꝛc.» und der «Bestätigung der Belehrungen ꝛc.», ist auch dessen «Revision einiger Stellen des Höpfnerschen Commentars» — revis. 111. S. 456—474. zu vergleichen), ferner die von Hagemeister und Erb im civilistischen Magazin, endlich die neuesten von Unterholzner, v. Löhr, Reinfelder, Gmelin, v. Vangerow, v. Savigny, Göschen, sich in Jedermanns Händen finden.

[2]) v. Löhr (im Archiv für die civilistische Praxis Bd. XI. S. 416.) will in l. 134. c. gar kein allgemeines Prinzip finden.

[3]) Durch dieß «etwa» möchte ich dem Einwurf begegnen, welchen Cujacius dem Donellus gemacht hat. Es ist keineswegs zu behaupten, daß kleinere Zeittheile als Stunden nicht auch noch be-

richten juriſtiſcher und nicht juriſtiſcher Klaſſiker erfahren wir, daß das Jahr nach der Reviſion des Kalenders durch J. Cäſar zu 365 Kalendertagen gerechnet wurde [1]), mithin etwa den Viertheil eines Tages in Vergleich mit dem Sonnenjahr zu kurz war; und ferner, daß der Kalendertag nach römiſcher Sitte mit Mitternacht anhob, und mit Mitternacht ſchloß [2]). Alle Ereigniſſe, welche in den Zwiſchenraum zweier ſolcher Mitternachtspunkte fallen, gehören mithin einem und demſelben Tage an. So wird z. B. geſagt, daß die, welche zwiſchen denſelben Mitternachtsſtunden geboren ſind, denſelben Geburtstag haben [3]). Hiebei iſt darauf nicht weiter Rückſicht genommen, zu welcher Zeit dieſes Tages das fragliche Ereigniß ſtattgefunden hat. Zwei Geburten können ſo nahe, als nur denkbar, an die 24 Stunden auseinander liegen, ſie haben ſich doch an demſelben Tage ereignet, wenn ſie nur zwiſchen dieſelben Mitternachtspunkte fallen. — Hiebei ließe ſich nun denken, daß man eben dieſe mögliche Differenz von beinahe vollen 24 Stunden für zu bedeutend erachtete, als daß man dieſelbe völlig hätte vernachläſſigen mögen. Es giebt im täglichen Leben viele Handlungen, welche man für wichtig genug anſieht, um neben dem Tag auch noch die Tageszeit; ſogar die Stunde zu bemerken. Die in der Anlegung eines ſolchen kleinern Maßſtabes ſich äußernde Genauigkeit der Zeitbeſtimmung rechtlich wichtiger Ereigniſſe wird aber von dem Civilrecht nicht nur nicht verlangt, ſondern auch in der Regel völlig unberückſichtigt gelaſſen. Dieß iſt die praktiſch wichtige Seite des von Paulus in l. 134. c. für die Jahres-

---

rückſichtigt werden, weil Ulpian in l. 3. §. 3. D. de minor. (IV. 4.) als Momentum gerade die hora nennt. Vergl. Unterholzner Verjähr. 1. S. 295. u. 303.

[1]) Censorinus de die nat. c. 20. §. 9. L. 134. D. de V. S. (L. 16.)

[2]) Paulus in l. 8. D. de feriis (11. 12.); Varro bei Gellius N. A. 111. 2.; Censor. de D. N. c. 23. §. 3. — Vergl. Erb im civil. Mag. VI. S. 196. ff.

[3]) Dieſe und noch andere merkwürdige Anwendungen des Prinzips bei Censor. de D. N. c. 23. §§. 4. 5. cf. Macrobius Saturn. 1. c. 3.

berechnung aufgestellten Prinzips des Civilrechts. Wir können demselben nun folgende allgemeine Gestalt geben. Das Civilrecht nimmt nur auf Kalendertage, nicht auf kleinere Zeittheile Rücksicht [1]). — Das Prinzip zeigt seine juristische Wichtigkeit auch noch in andern Beziehungen, als bei der Berechnung eines Jahres, worauf es Paulus zunächst anwendet, oder einer Zeitfrist überhaupt. Die Pfandpriorität wird in Folge dieses Grundsatzes nur nach Tagen bestimmt. Die Stundenzahl, wenn auch genau erwiesen, kann an der Gleichzeitigkeit mehrerer an demselben Tage bestellten Pfandrechte nichts ändern [2]). In der ersten, uns hier allein interessirenden Anwendung äußert sich jenes Prinzip so, daß der Tag des Ereignisses, von welchem an der Ablauf des Jahres gerechnet werden soll, selbst schon mitgezählt wird [3]). Von der Geburt eines 12 Uhr Mittags am 1. Jan. zur Welt gekommenen Kindes wird ein Jahr, d. h. ein Zeitraum von 365 Tagen, mit der Mitternachtsstunde, die den 31. Dec. schließt, abgelaufen seyn. Denn der erste Januar ist als Geburtstag schon in die 365 Tage einzuzählen. Wer ihn von der Einrechnung ausschließt, weil das Kind den größten Theil desselben noch nicht gelebt, der würde der Regel des Civilrechts zuwiderhandeln, welche kleinere Zeittheile, als den Kalendertag, völlig unberücksichtigt haben will.

Es ist von Wichtigkeit für den Fortgang der Darstellung, gleich hier gewisse Ausdrucksweisen, in welche neuere Juristen diese Regel des Civilrechts einzukleiden gewohnt sind, einer

---

[1]) Hiemit ist natürlich auch die Beachtung des Zeittages, im Gegensatz zu Kalendertag, verworfen. Wo die Römer von dies schlechthin reden, ist stets der Kalendertag zu verstehn. Vergl. Erb S. 219. Anders z. B. v. Löhr S. 417. N. 14.; S. 419.

[2]) L. 16. §. 7. D. de pignor. (XX. 1.).

[3]) Sehr bestimmt giebt auch Hagemeister Civil. Mag. 111. S. 13—16. diese Behauptung als die Grundlage seiner weitern Darstellung. Erb S. 219—221. entwickelt das Prinzip der civilen Computation richtig. Nicht so glücklich ist er in der Anwendung desselben.

penſation hat er alſo weder etwas ändern wollen, noch geändert, ſondern darin bei ſeiner Ausdehnung dieſer auf alle Klagen dem beſtehenden Rechte ſich ganz conform gehalten.

Zum Schluß iſt noch folgender Einzelheiten zu gedenken. Zuerſt der deductio, cum qua bonorum emtor agere *debet*, und der compensatio, quacum argentarius agere *cogitur* [1]). Beides iſt veraltet [2]), übrigens aber halte ich Bethmanns [3]) Anſicht für vollkommen richtig, wonach im erſten dieſer beiden eigenthümlichen Fälle die Compenſation ganz übereinſtimmend mit der obigen Auseinanderſetzung erſcheint. Ihre Nothwendigkeit aber erklärt ſich daraus, daß es im höchſten Grade unbillig geweſen wäre, wenn der Schuldner zwar auf das Ganze hätte belangt werden können, aber ſeine etwaigen Forderungen nur mit Verluſt erlangen ſollte [4]). Der zweite erklärt ſich aus dem beſondern Verhältniß der Argentarien; hier galt, wie in vielen andern Beziehungen, ſo auch rückſichtlich der Compenſation das Beſondere, daß der Argentar cum compensatione agere cogitur, nicht aber gilt etwa dieſe gegen ihn ipso jure, — ein Ausdruck, der auf ihn bezogen, auch nicht vorkommt, — ſo daß ſie in gleicher Art und dem Sinne wirkte, wie die confusio, alſo Vernichtung der concurrirenden Summen. Es ſpricht nämlich die Faſſung der Formel in ſolchen Verhältniſſen (Gaj. IV. §. 64.) dafür, daß beide Forderungen fortbeſtanden haben. Das Eigenthümliche lag alſo darin, daß der Argentar bei Einklagung ſeines Credit auch des Debet gedenken mußte, weil man das Schuldverhältniß, welches aus vielen einzelnen Poſten beſtehen konnte, als ein Ganzes anſah, und widrigen Falls pluspetitio geſchehen wäre. Ob auch der Verklagte, der Gläubiger des Argentars, ſich in der Nothwendigkeit befunden habe, ſeine Forderungen, wenn davon nicht ſchon vom Kläger

---

[1]) Gaj. IV. §. 63. 64. seqq.
[2]) Unterholzner a. a. O. S. 550. A. B.
[3]) a. a. O. S. 279. ff.
[4]) Unterholzner S. 548. i)

Erwähnung geſchehen, excipiendo gedenken zu müſſen, ſo daß er ſie ſpäter ſelbſtſtändig nicht habe einklagen können, ſtehe dahin.

Sodann ſind noch einige Pandektenſtellen der Aufmerkſamkeit bedürftig. Erſtens Fr. 21. *de Compens.* — Postea-quam placuit inter omnes[1]), quod invicem debetur, ipso jure compensari, si procurator absentis conveniatur, non debebit de rato cavere, quia nihil compensat, sed ab initio minus, ab eo petitur. (Paul. 1. *qu.*) Bethmann hält dieſe Stelle für interpolirt, inſofern ſie generaliſirt iſt, und glaubt, daß ſie ſich urſprünglich gleichfalls auf die Compenſation der Argentare bezogen habe, übrigens aber auch ſo noch für das juſtinianeiſche Recht keinen gehörigen Sinn gebe. — Dieſe Stelle läßt ſich indeſſen doch immer noch ſo verſtehen, daß hier der Kläger ſelbſt, den Abzug auf ſeine Forderung bei ſeinem Klageanbringen ſich gefallen zu laſſen, erklärt hat; damit ſtimmen auch die letzten Worte überein: quia etc. Denn wenn ſich der procurator auf die Gegenrechnung beruft, ſo kann doch in der That nicht geſagt werden, non compensat, und wenn der klagende Gläubiger auf zehn klagt, und weil ihm eine Gegenrechnung von fünf entgegengehalten wird, ſich deren Abzug gefallen laſſen muß, ſo kann von ihm ebenſowenig geſagt werden, eum ab initio minus petiisse, oder Paulus müßte ſich ſelbſt in Betreff deſſen Lügen ſtrafen, was er in Fr. 4. *eod.* ſagt, auf deſſen Erklärung es nun ankommt. Da heißt es ſo: Verum est, quod et Neratio placebat; et Pomponius ait, ipso jure eo minus fidejussorem ex omni contractu debere, quod ex compensatione reus retinere potest, sicut enim totum peto a reo, male peto, ita et fidejussor non tenetur ipso jure in majorem quantitatem, quam reus condemnari potest. (Paul. 3. *ad Sab.*) Auch in dieſer Stelle läßt ſich noch das male petere

[1]) Es iſt vorgeſchlagen worden, die Interpunktion hinter placuit zu ſetzen, das führt aber zu nichts.

tige Stellen der römischen Juristen aus dem Gegensatz der civilen und der natürlichen Computation der Zeit und des Tages ihre Erklärung erhalten sollen [1]). Abgesehen davon, daß der Wortlaut dieser Stellen einen solchen Gegensatz nirgend andeutet, ist die Annahme desselben auch schon darum unzulässig, weil hiedurch dem unrömischen Begriff der mathematischen Computation eine Anerkennung von Seite der alten Juristen wird, welche ihm sonst ganz fehlt. — Denselben Tadel verdienen gewisse Ausdrücke, welche sich auf eine Vergleichung der civilen und der natürlichen Computation gründen. — Auch sie enthalten eine Anerkennung der mathematischen Zeitberechnung, die mit dem Grundsatze des römischen Rechts im Widerspruche steht. So spricht v. Savigny beständig davon [2]), daß die betheiligte Parthei durch Anwendung der civilen Computation bald den Bruchtheil eines Kalendertages gewinne, bald denselben verliere; oder, was Dasselbe sagen will, daß die civile Computation die Frist bald um jenen Bruchtheil zu lang, bald zu kurz nehme [3]). — Römisch ist diese Betrachtungsweise nicht. Wenn die Alten den Ablauf des ersten Lebensjahres eines am Mittag des 1. Jan. gebornen Kindes auf Mitternacht zwischen dem 31. Dec. und 1. Jan. setzen, so schwebt ihnen bei dieser Berechnung keineswegs die Idee vor, daß die Genauigkeit eigentlich das Abwarten der folgenden Mittagsstunde verlange, daß mithin der Ablauf des Jahres angenommen werde vor seinem eigentlichen Eintritte; — sie glauben vielmehr die für Geschäfte des Lebens größtmögliche Genauigkeit angewendet zu haben, und weichen keineswegs wissentlich und absichtlich von dem mathematischen Endpunkte ab. Somit muß auch jede Idee besonderer Begünstigung und Milde gegen die eine Parthei aus der Betrachtung der civilen Zeitberechnung

---

[1]) z. B. l. 5. D. qui testam. (28. 1.) S. unten §. 7.
[2]) Aehnlich v. Löhr l. c. S. 419. in f.
[3]) Dieß rügt schon Erb S. 220.

andere Ausweg fehlt, allein das iſt hier wirklich der Fall und kann übrigens mit geringerem Bedenken als irgendwo zur Hand genommen werden. Man beachte nur allein die Zuſammenwürflung des Inhalts des Titels, worin dieſe Stelle ſteht. Es iſt der de pignoribus, und er enthält nur drei kurze Paragraphen. Im erſten ſteht die Vorſchrift, der Pfandgläubiger ſolle, bevor er zum Verkauf des Pfandes ſchreite, dieſe Abſicht dem Schuldner vorher dreimal anzeigen. Der zweite erklärt fetus und partus pignoris nur dann für mitverpfändet, wenn es ausgemacht ſei. Der dritte nun lautet ſo: Compensatio debiti ex pari specie et caussa dispari admittitur, velut si pecuniam tibi debeam et tu mihi pecuniam debeas, aut frumentum aut cetera hujusmodi, licet ex diverso contractu, compensare vel deducere debes; si totum petas, plus petendo caussa cadis. — Wenn man dieſer Stelle, vermöge der Art und Weiſe wie, und der Unzuverläſſigkeit, in welcher das ganze Werk durch die weſtgothiſche Lex Romana auf uns gekommen iſt, allen und jeden Werth abſpricht, ſo läuft man wohl keine Gefahr, einem Widerſpruch zu begegnen.

II.

Zur Lehre von der civilen Berechnung der Zeit.

Von

Herrn Dr. J. J. Bachofen zu Basel.

Die Bearbeitungen der Lehre des römischen Rechts von der civilen Berechnung der Zeit leiden alle an einem Gebrechen, welches unserer civilistischen Litteratur überhaupt nicht fremd ist. Sie beginnen mit der Darstellung eines fertigen Systems, welches aus gewissen allgemeinen Prinzipien abgeleitet wird, und dem sich alsdann die Aussprüche der römischen Juristen, zuvor durch willkürliche, ja völlig erzwungene Interpretationen zurecht gelegt, durchaus fügen müssen. — Zu diesem Zwecke hat man nicht nur der Sprache Gewalt angethan, sondern die eigene Willkühr der Behandlung oft dadurch zu verbergen gesucht, daß man den Verfassern unserer Quellenzeugnisse bald Ungenauigkeit im Ausdruck, bald völligen Mangel an festen Prinzipien zu Schulden gab. — Mit dem hier gerügten Fehler der Behandlung, wofür im Laufe der folgenden Darstellung Beispiele genug vorkommen, steht noch ein anderer in Verbindung, der nicht weniger auf Abwege geleitet hat: ich meine das rücksichtslose Bestreben, Widersprechendes zu vereinigen, und eine Uebereinstimmung in den Aussprüchen der Acten zu erzwingen, da, wo eine solche nur auf Kosten der Wahrheit gewonnen werden kann. —

Um diese beiden Klippen, an welchen selbst die neusten und ausführlichsten Darstellungen dieser Lehre, von Reinfelder (der Annus civilis Stuttgart 1829.) und von v. Savigny (System Bd. IV.) gescheitert sind, zu umgehn, giebt es wohl kein sichereres Mittel, als eine sorgfältige, dem irreführenden Einfluß vorgefaßter Ansichten nicht unterworfene Prüfung aller einschlagenden Stellen. Mit dieser soll hier begonnen, und dadurch der Weg zur Aufstellung des römischen Prinzips der Computation angebahnt werden [1]).

I. Einen allgemeinen Ausspruch über das Wesen der Civilcomputation finden wir allein in einem Fragment aus Paulus Commentar über die Lex Julia et Papia in l. 134. D. de V. S. (50. 16.). Die besondere Anwendung, die hier davon gemacht wird, interessirt uns jetzt noch nicht [2]). Das Prinzip selbst ist in den Worten enthalten: «Annum civiliter non ad momenta temporum, sed ad dies numeramus.» Der einfache Sinn dieser Worte kann durch folgende Uebersetzung gegeben werden: Nach der Regel des Civilrechts berechnen wir das Jahr nur nach Kalendertagen, nicht nach kleinern Abschnitten, etwa nach Stunden oder noch kleinern Zeittheilen [3]). — Aus andern Nach-

---

[1]) Es ist nicht der Zweck dieser Arbeit, die Erklärung jeder Stelle mit vollständigen Litteratur-Citaten zu begleiten, zumal da die Bearbeitungen des Gegenstandes von Donellus, Rücker, Koch (außer den «Belehrungen über Mündigkeit zum Testiren ꝛc.» und der «Bestätigung der Belehrungen ꝛc.», ist auch dessen «Revision einiger Stellen des Höpfnerschen Commentars» — revis. III. S. 456—474. zu vergleichen), ferner die von Hagemeister und Erb im civilistischen Magazin, endlich die neuesten von Unterholzner, v. Löhr, Reinfelder, Gmelin, v. Wangerow, v. Savigny, Göschen, sich in Jedermanns Händen finden.

[2]) v. Löhr (im Archiv für die civilistische Praxis Bd. XI. S. 416.) will in l. 134. c. gar kein allgemeines Prinzip finden.

[3]) Durch dieß «etwa» möchte ich dem Einwurf begegnen, welchen Cujacius dem Donellus gemacht hat. Es ist keineswegs zu behaupten, daß kleinere Zeittheile als Stunden nicht auch noch be-

richten juriſtiſcher und nicht juriſtiſcher Klaſſiker erfahren wir, daß das Jahr nach der Reviſion des Kalenders durch J. Cäſar zu 365 Kalendertagen gerechnet wurde [1]), mithin etwa den Viertheil eines Tages in Vergleich mit dem Sonnenjahr zu kurz war; und ferner, daß der Kalendertag nach römiſcher Sitte mit Mitternacht anhob, und mit Mitternacht ſchloß [2]). Alle Ereigniſſe, welche in den Zwiſchenraum zweier ſolcher Mitternachtspunkte fallen, gehören mithin einem und demſelben Tage an. So wird z. B. geſagt, daß die, welche zwiſchen denſelben Mitternachtsſtunden geboren ſind, denſelben Geburtstag haben [3]). Hiebei iſt darauf nicht weiter Rückſicht genommen, zu welcher Zeit dieſes Tages das fragliche Ereigniß ſtattgefunden hat. Zwei Geburten können ſo nahe, als nur denkbar, an die 24 Stunden auseinander liegen, ſie haben ſich doch an demſelben Tage ereignet, wenn ſie nur zwiſchen dieſelben Mitternachtspunkte fallen. — Hiebei ließe ſich nun denken, daß man eben dieſe mögliche Differenz von beinahe vollen 24 Stunden für zu bedeutend erachtet, als daß man dieſelbe völlig hätte vernachläſſigen mögen. Es giebt im täglichen Leben viele Handlungen, welche man für wichtig genug anſieht, um neben dem Tag auch noch die Tageszeit; ſogar die Stunde zu bemerken. Die in der Anlegung eines ſolchen kleinern Maßſtabes ſich äußernde Genauigkeit der Zeitbeſtimmung rechtlich wichtiger Ereigniſſe wird aber von dem Civilrecht nicht nur nicht verlangt, ſondern auch in der Regel völlig unberückſichtigt gelaſſen. Dieß iſt die praktiſch wichtige Seite des von Paulus in l. 134. c. für die Jahres-

---

rückſichtigt werden, weil Ulpian in l. 3. §. 3. D. de minor. (IV. 4.) als Momentum gerade die hora nennt. Vergl. Unterholzner Verjähr. 1. S. 295. u. 303.

[1]) Censorinus de die nat. c. 20. §. 9. L. 134. D. de V. S. (L. 16.)

[2]) Paulus in l. 8. D. de feriis (11. 12.); Varro bei Gellius N. A. 111. 2.; Censor. de D. N. c. 23. §. 3. — Vergl. Erb im civil. Mag. VI. S. 196. ff.

[3]) Dieſe und noch andere merkwürdige Anwendungen des Prinzips bei Censor. de D. N. c. 23. §§. 4. 5. cf. Macrobius Saturn. 1. c. 3.

berechnung aufgestellten Prinzips des Civilrechts. Wir können demselben nun folgende allgemeine Gestalt geben. Das Civilrecht nimmt nur auf Kalendertage, nicht auf kleinere Zeittheile Rücksicht [1]). — Das Prinzip zeigt seine juristische Wichtigkeit auch noch in andern Beziehungen, als bei der Berechnung eines Jahres, worauf es Paulus zunächst anwendet, oder einer Zeitfrist überhaupt. Die Pfandpriorität wird in Folge dieses Grundsatzes nur nach Tagen bestimmt. Die Stundenzahl, wenn auch genau erwiesen, kann an der Gleichzeitigkeit mehrerer an demselben Tage bestellten Pfandrechte nichts ändern [2]). In der ersten, uns hier allein interessirenden Anwendung äußert sich jenes Prinzip so, daß der Tag des Ereignisses, von welchem an der Ablauf des Jahres gerechnet werden soll, selbst schon mitgezählt wird [3]). Von der Geburt eines 12 Uhr Mittags am 1. Jan. zur Welt gekommenen Kindes wird ein Jahr, d. h. ein Zeitraum von 365 Tagen, mit der Mitternachtsstunde, die den 31. Dec. schließt, abgelaufen seyn. Denn der erste Januar ist als Geburtstag schon in die 365 Tage einzuzählen. Wer ihn von der Einrechnung ausschließt, weil das Kind den größten Theil desselben noch nicht gelebt, der würde der Regel des Civilrechts zuwiderhandeln, welche kleinere Zeittheile, als den Kalendertag, völlig unberücksichtigt haben will.

Es ist von Wichtigkeit für den Fortgang der Darstellung, gleich hier gewisse Ausdrucksweisen, in welche neuere Juristen diese Regel des Civilrechts einzukleiden gewohnt sind, einer

---

[1]) Hiemit ist natürlich auch die Beachtung des Zeittages, im Gegensatz zu Kalendertag, verworfen. Wo die Römer von dies schlechthin reden, ist stets der Kalendertag zu verstehn. Vergl. Erb S. 219. Anders z. B. v. Löhr S. 417. N. 14.; S. 419.

[2]) L. 16. §. 7. D. de pignor. (XX. 1.).

[3]) Sehr bestimmt giebt auch Hagemeister Civil. Mag. III. S. 13—16. diese Behauptung als die Grundlage seiner weitern Darstellung. Erb S. 219—221. entwickelt das Prinzip der civilen Computation richtig. Nicht so glücklich ist er in der Anwendung desselben.

Prüfung zu unterwerfen. Es wird dadurch einem Hauptirrthum der bisherigen Darstellungen gleich von vorn herein aller Boden entrückt und alle Nahrung entzogen werden können.

Mehrere Juristen sprechen von einer Fiction des Civilrechts, wonach Alles, was sich im Laufe eines Kalendertages ereignet, auf den ersten Moment desselben zurückgeführt, und als in diesem geschehen angesehen werden soll [1]). Eine Fiction der Art findet sich allein in den Köpfen und Schriften neuerer Rechtslehrer, welche auch zur Erklärung, oder besser Beseitigung, einzelner Stellen davon Gebrauch machen; nicht aber in dem römischen Civilrecht und in dessen Quellen. Diese beschränken sich darauf, eine bei der Unvollkommenheit der chronometrischen Instrumente der Alten nicht wohl rearlisirbare Genauigkeit der Zeitbestimmung bei Seite zu setzen, und sich mit der Berücksichtigung des Kalendertages zu begnügen.

Eben so wenig haben die Römer je daran gedacht, den Kalendertag als eine Einheit, ein untheilbares Ganze, ein momentum zu betrachten, um sich auf diese Weise für jene Einrechnung eines ganzen Tages Rechenschaft zu geben. Auch diese Idee eines untheilbaren Ganzen ist den Römern von unsern Juristen untergeschoben [2]), und bei ihnen die Grundlage weiterer Irrthümer geworden. Die Nichtbeachtung der einem Kalendertage

---

[1]) Vergl. v. Löhr S. 415. Not. h. — v. Löhr selbst erklärt sich gegen jene Fiction S. 417. Die Worte der l. 8. D. de feriis (11. 12.) «itaque quidquid in his viginti quatuor horis (id est duabus dimidiatis noctibus et luce media) actum est, perinde est quasi quavis hora lucis actum esset» enthalten durchaus nichts jener Fiction Aehnliches, sondern ganz einfach eine Warnung vor dem Mißverständniß, als könnte, was an einem bestimmten Tage geschehen soll, nur so lange es hell ist, verrichtet werden. Eine andere Auslegung giebt v. Löhr l. c.

[2]) Diese Fiction knüpft sich namentlich an die Worte der l. 7. D. de usurp. (XLI. 3.), worüber unten. — v. Vangerow nennt wiederholt (Pandekten 1. S. 264. Latini Juniani S. 172) den ganzen Tag Einen Moment.

angehörenden kleinern Zeittheile ist noch himmelweit von der Annahme einer Untheilbarkeit desselben entfernt. Ja es ist viel richtiger, umgekehrt zu behaupten, daß das Civilrecht die kleinern Zeittheile in ihrer Selbstständigkeit und Bedeutung anerkennt, indem es bei der Fristberechnung ihre Nichtbeachtung einzuschärfen für nothwendig erachtet. — Diese Nichtbeachtung kleinerer Zeittheile haben unsere Rechtslehrer so sehr als eine Eigenthümlichkeit des römischen Civilrechts angesehen, daß sie der auf dieselbe gegründeten civilis computatio eine sogenannte naturalis computatio gegenüberstellten, welche nun auf die kleinst denkbaren Zeittheile Rücksicht nimmt, und dem Ablauf der Fristen nach diesen bestimmt. Derselbe Gegensatz findet sich in den Ausdrücken: mathematischer und civiler Endpunkt eines Zeitraums. Jener kann in jeden beliebigen Moment eines Kalendertages, dieser immer nur in eine Mitternachtsstunde fallen. — Dieser Gegensatz, so richtig er an sich auch seyn mag, findet sich im römischen Rechte gar nicht vor [1]), darf also auch bei der Erklärung der einzelnen Stellen in keiner Weise berücksichtigt werden. Am weitesten weichen die von der Wahrheit ab, welche der natürlichen oder mathematischen Berechnung nicht etwa bloß die Bedeutung einer Negation der civilen Berechnung beilegen, sondern sie vielmehr zu der Regel erheben, von welcher nur in besondern Fällen, und da, wo es das Civilrecht ausdrücklich sage, abzugehn erlaubt sey [2]). Derselbe Irrthum liegt der Annahme zu Grunde, wonach mehrere wich-

[1]) Eine einzige Ausnahme abgerechnet. Ueber diese unten §. 11.

[2]) So v. Löhr l. c. S. 424. «Im Zweifel muß wohl für die Berechnung a momento ad momentum als die natürliche die Vermuthung streiten.» Ebenso Mühlenbruch Pandecten §. 87. Not. 2. (2te Ausg.) Die Civilcomputation wird dagegen als Regel hingestellt von v. Bangerow Pandecten 1. S. 264. 265. — Schweppe R. P. R. §. 145. — Puchta Pandecten S. 55. — Unterholzner Verjähr. 1. S. 295. sagt ganz allgemein, bald werde pünktlich, bald von Tag auf Tag gerechnet.

ſtreitbar dieſe ſcheint, ſo hat doch gerade dieſe Behauptung entſchiedenen Widerſpruch erfahren[1]).

Novissimus dies ſoll nach dieſer abweichenden Anſicht nicht auf den 31. December, ſondern auf den Neujahrstag fallen, da dieſem die Geburtsſtunde angehöre. Aber eben dieſer Umſtand macht den Neujahrstag 1801. zum erſten Tag des 2. Jahres, gerade wie der Neujahrstag 1800. der erſte Tag des erſten Lebensjahres war. Das erſte Jahr iſt alſo in der Mitternachtsſtunde vom 31. December auf den 1. Januar verfloſſen; wer es erſt 24 Stunden ſpäter ſchließt, giebt ihm 366 Tage. Denn offenbar darf in allen den Stellen, welche den postremus dies erwähnen[2]), nur an den Kalendertag, und nicht etwa an den beweglichen Zeittag gedacht werden[3]). Dieſer letztere ſtützt ſich ja auf die natürliche Zeitrechnung und auf den mathematiſchen Endpunkt, deſſen Beachtung der Regel des Civilrechts zuwider iſt. — Die Behauptung v. Savigny's, wonach der postremus dies „kein anderer ſein kann, als der, in welchen der mathematiſche Endpunkt fällt, welcher alſo nur noch theilweiſe dem vorgeſchriebenen Zeitraum angehört, indem er theils vor, theils hinter dem mathematiſchen Endpunkt liegt[4]),“ ſoll durch die ähnliche Bedeutung des »extremus annus« bei den zum Zweck der Berechnung der Dotalfrüchte gemachten Eheſahren eine Stütze erhalten. — Obſchon nun nicht geläugnet werden kann, daß dieſer *annus* extremus das nur

---

[1]) Unter andern auch von Unterholzner l. c. S. 300. beſonders 304; 311. Auch Koch Belehrungen S. 80. 81. ſieht den 1. Jan. als den letzten Kalendertag an. — Am unhaltbarſten iſt Erbs Anſicht, der den ultimus dies bald auf den Neujahrstag, bald auf den Vorabend deſſelben verlegt, je nach Verſchiedenheit der Fälle. Vergl. Erb S. 201. — Unterholzner S. 301.

[2]) Siehe dieſelben geſammelt bei v. Savigny l. c. S. 358. Not. 12.

[3]) Wie dieß unter andern Koch Bel. S. 78. f. thut. Vergl. oben S. 41. Not. 1.

[4]) Hierauf gründet ſich Erbs Unterſcheidung des postremus und des totus postremus dies. S. 201.

noch theilweise der Ehe angehörende Jahr bezeichnet, in dessen Umfang die Trennung derselben liegt: so kann doch hieraus für die Bestimmung des novissimus *dies* Nichts gefolgert werden. Der Kalendertag ist das recipirte Zeitmaß, wonach gerechnet wird. Daß nun der erste Kalendertag nur theilweise in den zu berechnenden Zeitraum fällt, das ist für die Mehrzahl der Fälle zuzugeben; für den letzten kann dasselbe nie eintreten. — Ganz anders bei einer Jahresberechnung. Die civile Computation, welche sich auf die Tagrechnung stützt, ist für den extremus *annus* nicht in gleicher Weise wie für den extremus *dies* maßgebend. Die Bedeutung von novissimus *dies* ist eben ein Resultat des der civilen Berechnung zu Grunde liegenden Prinzips. Einen willkührlichen Wechsel dieser Bedeutung in Stellen der Alten annehmen, hieße daher Nichts anderes, als eine beliebige Mißachtung jenes Prinzips von Seite der römischen Juristen voraussetzen. Dazu sind wir aber um so weniger befugt, da die einfache Erwähnung des postremus dies in so manchen Stellen ohne beigefügte Erklärung einen festen, keinem Mißverständniß zugänglichen Sprachgebrauch voraussetzt[1]).

b) Was für den postremus dies gilt, ist auch auf die mit Ordinalzahlen bezeichneten Tage anwendbar. Wird nämlich, was in unsern Rechtsquellen unzähligemale geschieht, der Ablauf einer gewissen Tagezahl vorgeschrieben, so ist die Berechnung überall so anzuordnen, daß der Kalendertag, in dessen Lauf das Ausgangs-Ereigniß fällt, als erster Tag selbst dann mitgezählt wird, werden jenes in die letzten Momente desselben

---

[1]) Das von Erb im civil. Mag. l. c. S. 249. herausgegebene griechische Fragment eines Unbekannten sagt, der, welcher testire „πρὸ μίας τοῦ πληρωθῆναι τὸ τεσσαρεσκαιδέκατον ἔτος τῆς ἡλικίας μετὰ τὴν ἕκτην ὥραν τῆς νυκτὸς," testire „ἐν τῇ τελευταίᾳ ἡμέρᾳ τοῦ ιδ' χρόνου." Das πρὸ μίας (sc. ἡμέρας) bezeichnet den Tag vor dem Geburtstag, und dieser Vorabend wird der letzte Tag genannt.

gefallen sein sollte. Dieß ergiebt sich wieder mit Nothwendigkeit aus dem Prinzip der civilen Zeitrechnung, welche nur den Kalendertag beachtet, auf die in demselben liegenden Zeitmomente aber ganz keine Wichtigkeit legt. — Auch hier würde die Annahme eines willkührlich wechselnden Sprachgebrauchs das Princip der civilen Computation selbst in Zweifel ziehn, die römischen Juristen der Dunkelheit und Unsicherheit im Ausdruck zeihn, und zuletzt einer willkührlichen, nur Beseitigung, nicht Erklärung der Stellen beabsichtigenden Interpretation Thür und Thor öffnen. —

Dennoch hat gerade v. Savigny (l. c. S. 361. 362. und Beilage XI.) zu beweisen gesucht, daß hierin der Sprachgebrauch der Römer schwankt, und daß eben diese Zweideutigkeit des Ausdrucks dafür gebraucht werden kann, scheinbare Widersprüche aufzulösen. Soviel jedoch giebt er selbst zu, (S. 615. 616.) daß das Mitzählen des ersten Tages die ältere und im täglichen Leben üblichere Art des Ausdrucks ist, und daß, wo sie der Erklärung einer Stelle zu Grunde liegt, diese Annahme am wenigsten einer besondern Unterstützung bedarf[1]). Prüfen wir die einzelnen Stellen, welche jenen abweichenden, nicht mitzählenden Sprachgebrauch beweisen sollen, so werden aus ihrer Anzahl zuerst diejenigen zu entfernen sein, welche sich gar nicht auf die Zählung von Tagen beziehn. Das Prinzip der Civilcomputation, welches zur Einrechnung des Ausgangstages nöthigt, hat auf andern Gebieten und bei der Zählung beliebiger anderweitiger Gegenstände keine Anwendung. Hier also mag sehr leicht, wo es ohne Zweideutigkeit geschehen kann, bald die eine bald die andere Zählungsweise angewendet werden. — Andere Stellen, die in der That eine Zeitberechnung enthalten, sind darum ohne Beweiskraft, weil sie auch unter

[1]) Aehnlich Unterholzner S. 310. Ein Beispiel für Nichteinrechnung des Tages, mit dem der Anfang gemacht wird, will U. in dem Ausdruck „pridie Kal." finden. Allein pridie ist nicht aus primo, sondern aus proximo die entstanden.

Voraussetzung der Mitzählung erklärt werden können. Es ist nämlich, wie unten noch besonders gezeigt werden soll, Regel, daß überall, wo nicht ausdrücklich die Erreichung (oder, wie unsere Rechtslehrer gewöhnlich, gewiß aber undeutsch und undeutlich sagen, Erfüllung) einer Frist als hinreichend dargestellt ist, der Ablauf derselben verlangt wird. Dieser aber ist nicht erst mit Eintritt des mathematischen Endpunkts, sondern stets schon mit der vorhergehenden Mitternachtsstunde vorhanden. — Indessen gab es Fälle, in welchen man die bloße Erreichung des letzten genannten Termins für hinlänglich erachtete, und dessen Ablauf nicht verlangte. So kam zuletzt von dieser Seite ein Schwanken in gewisse Zahlenbezeichnungen, welches man ohne Grund auf Rechnung einer vorgeblichen Willkühr in Einrechnung oder Auslassung des ersten Tages schrieb. — Als Cäsar in seinem Edict die Anordnung der Schaltjahre in den Worten ausdrückte »ut *quarto quoque anno* — — annuo interkalarent diem,« verstand er darunter, wie Macrobius Saturn. 1. c. 14. ausdrücklich sagt: »quarto q. a. *confecto*,« während es die Pontifen irrig »incipiente« auslegten; so daß August, um den Irrthum zu heben, später verordnete, die Einschaltung soll geschehen »quinto quoque incipiente anno«. Offenbar kam hier der Irrthum nicht von dem Einrechnen oder Nichteinrechnen des ersten Jahres, das überdieß nicht etwa bloß theilweise, sondern in seiner ganzen Ausdehnung der zu berechnenden Frist angehören sollte; — vielmehr einzig und allein von der Verwechselung des Ablaufs des letzten Jahres mit dem bloßen Eintritt desselben. — In einer andern Stelle (Saturn. 1. 13.) erklärt Macrobius die Einrichtung der griechischen Schaltperioden. Er sagt, die Griechen schalteten auf einen Zeitraum von 8 Jahren 90 Tage ein, und gebraucht hiefur die Ausdrücke: »ut octavo quoque anno nonaginta dies — — interkalarent.« Auch hier kann nur: octavo q. a. confecto, mithin novo incipiente verstanden sein. Nicht anders ist der unmittelbar nachher gebrauchte Ausdruck »tertio quoque octennio ita interka-

landos dispensabant dies, ut non XC., sed LXVI. interkalarent« zu erklären. — Daſſelbe gilt von den Stellen Varro's (de L. l. VI. §. 11. ed M.) und Cicero's (in Pison. c. 5.). Da das Luſtrum ein Zeitraum von 5 vollen Jahren iſt, ſo konnte der Ausdruck »quinto quoque anno« in dem Sinne von »quinto q. a. confecto« ohne Befürchtung eines Mißverſtändniſſes gebraucht werden. — Pſeudo-Asconius (in divinat. c. 3. Orelli Schol. pag. 103.), der ſich einmal mit dem Ausdruck »quinto quoque anno« (sc. Censores creari solebant) begnügt, fügt bald darauf noch »completo« hinzu: iidem completo quinquennio urbem lustrabant. — Wenn ferner Cicero dem Atticus ſchreibt (VI. 1.) »Ei (sc. Pompejo) tamen sic nunc solvitur: *tricesimo quoque die* talenta attica XXXIII, et hoc ex tributis, nec id satis efficitur ad usuram *menstruam*,« ſo zeigt ſchon der Ausdruck »monatliche Zinſen« für Zahlungen in 30tägigen Terminen, daß hier der Ablauf des 30ſten Tages verſtanden iſt. — V. Savigny hat ſich überdieß auf Stellen des Columella (de V. V. V. 8. »nam quamvis non continuis annis, sed fere altero quoque fructum efferat«) und des Celſus (de medic. III. 21. »utilis quotidianus aut altero quoque die post cibum vomitus est«) berufen. In beiden Fällen wird eine 2tägige Friſt einer eintägigen entgegengeſetzt. Nicht ſchon nach Ablauf von je 24, ſondern erſt von je 48 Stunden, werden neue Früchte reif, und ſoll das Brechen ſtattfinden.

Das Mitrechnen des Ausgangstages bildet ſomit die Grundlage aller dieſer Ausdrücke. In den Schriften der Juriſten zumal darf an eine andere Berechnung nicht gedacht werden, als an die, welche ſich mit Nothwendigkeit aus dem Prinzip der civilen Zeitrechnung ergiebt. Die Annahme einer abweichenden Computation kann ſomit nur als Nothſtütze eines falſchen Syſtems angeſehen worden. —

Wir haben oben ſchon im Vorbeigehn bemerkt, daß es die römiſchen Juriſten und Geſetzgeber bei der Bezeichnung und Anordnung einer Friſt niemals für nöthig erachten, das Sy-

stem ihrer Berechnung näher zu bezeichnen, daß sie sich vielmehr damit begnügen, den Anfangstag in verschiedenen Ausdrücken (ex quo; postquam etc.) anzumerken. Auch dieß läßt sich nur aus der Annahme einer ganz festen unabänderlichen Rechnungsweise erklären. Daneben fehlt es übrigens nicht an Fristbezeichnungen, denen erweislicher Maßen die Mitrechnung des Kalendertages, in dessen Lauf das Ausgangs-Ereigniß fällt, zu Grunde liegt: So sagt Ulpian in l. 1. §. 5. D. quando appell. (49. 4.) »Biduum vel triduum appellationes *ex die sententiae latae* computandum erit.« Diese Bezeichnung »ex die sent. lat.« wechselt ab mit der andern »*statim* tempora ad appellandum computari debere« (§. 5.) und, was völlig entscheidend ist, mit den Worten »ut vel *altera die* vel *tertia* provocetur« (§§. 6. 12.). Der dies latae sententiae wird mithin als der erste jenes biduum oder triduum angesehen. Ja selbst der Umstand, daß der Spruch am Ende der Gerichtssitzung, also wohl spät am Tage erfolgt, ändert an jener Berechnungsweise nicht das Mindeste, vorausgesetzt nur, der Richter zog sich nach gefälltem Urtheil nicht so schnell zurück, daß der Appellant ihm sein Appellationsgesuch nicht mehr vortragen konnte (§§. 7 — 10.). — Nicht anders sind die Worte der l. 18. [de iudiciis (III. 2.)] »*illico* autem, id est intra triduum proximum, *sine ulla dilatione* compelli — — arbitros eligere« zu erklären. Daß der Tag der stattgehabten Recusation in das triduum proximum eingerechnet wird, das zeigt »illico« und das »sine ulla dilatione«. —

In der l. 7. C. de tempor. in integr. restit. (II. 53.) setzt Justinian an die Stelle des alten annus utilis ein quadriennium continuum als Frist für das Nachsuchen der in integrum restitutio. Der Ausgangstag, von welchem an jene 4 Jahre zu berechnen sind, wird so bezeichnet: „quadriennium continuum tantummodo numerari *ex die ex quo annus utilis currebat* — —.“ Dieser annus utilis aber „incipit currere, ex quo vicesimi sexti anni dies illuxerit —.—.“ Offenbar wird hier (um stets bei dem angenommenen Beispiele zu bleiben) der Neujahrstag des Jah-

res 26 als erster Tag in jene Restitutions-Frist von 4 Jahren eingerechnet. Hierin liegt zugleich eine Bestätigung der Behauptung unter *a*., daß nämlich der erste Januar nicht der dies novissimus der minor aetas, wie v. Savigny behauptet, sondern vielmehr der primus dies der Restitutionsfrist ist. —

Für Anbringung der Excusation von einer übertragenen Tutel werden 50 Tage gegeben, welche dem Belasteten von dem Tage der erhaltenen Nachricht an gezählt werden. Dieß drückt Modestin in l. 13. §. 9. D. de excusat. (XXVII. 1.) so aus: „*Αἱ δὲ πεντήκοντα ἡμέραι συνημμέναι ψηφίζονται, ἀρχόμεναι ἀπό τοῦ καιροῦ τῆς γνώσεως ἐν ᾧ τις ἔγνω, ἑαυτὸν δεδόσθαι.*“ Deutlicher als mit dem bloßen ἀπο [1]) wird hier durch αρχόμεναι ἀπο [2]) die Einrechnung des Tages der Kenntnißnahme in die 50 Tage anbefohlen. —

Nach diesen Vorgängen, welche sich noch durch manche ähnliche Stellen vermehren ließen, trage ich kein Bedenken, der oben aufgestellten Regel auch überall da Folge zu geben, wo der Tag des Ausgangs ganz einfach durch die Ausdrücke: ex, post, postquam bezeichnet ist. Wenn Callistratus in l. 38. D. de excusat. sagt: „peragendo negotio *ex die nominationis* continui quatuor menses constituti sunt;“ — Tryphonin in l. 44. D. eod. „intra annum, *ex quo* reipublicae causa abesse desierat;“ — Ulpian in l. 49. §. 1. D. de legat. et fideic. (XXX. 1.) „triennium ad legati praestationem *ex die testamenti facti* numerabimus;“ — und in l. 1. §. 9. D. de agn. et alend. lib. (XXV. 3.) „dies autem XXX continuos accipere debemus *ex die divortii*, non utiles;“ — ferner in l. 29. §. 5. D. ad leg. Jul. de adult. (XLVIII. 5.) „Sed mensium haec fit separatio, ut in nupta quidem *ex die divortii* sex menses computentur, in vidua vero *ex die commissi criminis*, ... — Julian in l. 51. §. 2. D. ad leg. Aquil. (IX. 2.) „quanti in anno proximo homo plurimi fuerit, *repetitis ex die*

[1]) Die Institutionen begnügen sich mit einem einfachen ex quo. cf. §. 16. J. de excusat. tut. (1. 16)

[2]) Desselben Ausdrucks bedient sich Theophilus ad §. 16. J. l. c.

vulneris trecentis sexaginta quinque diebus;“ so ist in diesen, so wie in allen ähnlichen Stellen, der Kalendertag als erster mitzuzählen, in dessen Verlauf das mit ex eingeleitete Ereigniß fällt. — Ganz in demselben Sinne, wie ex, wird der Ausdruck *a* gebraucht. So z. B. in l. 2. de usuris rei judic. (VII. 54.) von Justinian „— — ultra IV menses *a die condemnationis*, vel, si provocatio fuerit porrecta, *a die* confirmationis sententiae numerandos — —.“ Abwechselnd und gleichbedeutend mit diesen Ausdrücken findet sich *post*. Dieß ergiebt sich unläugbar aus der Vergleichung von §. 1. mit §. 9. der l. 9. D. de agn. et alend. lib. (XXV. 3.). Was Ulpian in §. 9. durch „dies XXX — — *ex* die divortii“ bezeichnet, nennt er in §. 1. „intra dies XXX *post*. divortium connumerandos.“ In l. 10. pr. D. de excusat. gebraucht Modestin den Ausdruck „*μετὰ τὸ ἐπανελθεῖν*;“ in l. 10. §. 3. D. eod. dagegen zur Bezeichnung derselben Frist die Worte ἐξ ὅτου τις ἐπανῆλθεν.“ — Dasselbe gilt von *postquam*. Vergl. z. B. l. 22. §. 2. C. de jure delib. (VI. 30.) „— — omni tamen modo inventarium ab ipso conficiatur, ut intra XXX dies *post* apertas tabulas vel *postquam* nota fuerit ei apertura tabularum vel delatam sibi ab intestato hereditatem cognoverit, numerandos, exordium capiat inventarium — —.“ Der völlig willkührliche Wechsel dieser verschiedenen Ausdrücke ließe sich, unter Voraussetzung einer schwankenden Rechnungsprinzips, weder denken, noch entschuldigen.

c. Die Regel des Civilrechts, wonach kleinere Zeittheile als Kalendertage nicht berücksichtigt werden, gestaltet sich also für die Berechnung des Anfangs einer Frist so, daß stets der Kalendertag, in dessen Gränzen der Ausgangspunkt fällt, als erster mitgezählt wird. Hieraus hat man geschlossen, daß es ebenso für den letzten Tag genüge, wenn derselbe nur angetreten sei, daß also die Erfüllung einer vorgeschriebenen Frist dessen Ablauf nicht erfordere[1]). — Zur Bildung dieses falschen Schluß-

[1]) Dieß drücken die Neuern durch die Worte aus „dies ultimus coeptus habetur pro completo.“ Unterholzner S. 296. Das hierin aus-

ses hat die Annahme der Untheilbarkeit und juristischen Einheit des Kalendertages am meisten beigetragen. — Mit dem Grunde muß aber die Folge fallen. Wird auch eine größere Genauigkeit, als die in der Angabe des Kalendertages liegende, nicht beachtet, der Ablauf dieses ist doch zur Erfüllung jeder Frist erforderlich, und dieser Ablauf kann vor Zurücklegung aller dem Kalendertag angehörenden Momente nicht behauptet werden. Auch der erste Tag ist diesem Erforderniß ohne Ausnahme unterworfen; nur der Anfang desselben kann möglicherweise dem Ausgangspunkt voraufgehn. — In unsern Rechtsquellen finden sich überdieß Stellen in beträchtlicher Zahl, welche den Sinn einer vorgeschriebenen Frist dahin auslegen, daß dieselbe in allen ihren Theilen zurückgelegt, also überschritten sein müsse. Einige derselben sollen hier vorerst zusammengestellt werden.

1) Ein Alter von 17 Jahren wird zu dem Jus postulandi erfordert. Ulpian drückt dieß in l. 1. §. 3. D. de postul. (III. 1.) durch die Worte aus „— — minorem annis XVII, *qui eos non in totum complevit*, prohibet postulare.“ In den Worten „in totum complevit,“ die oft als ein Pleonasmus getadelt worden sind, liegt eben die Einschärfung des Satzes, daß die 17 Jahre in allen ihren Theilen zurückgelegt sein müssen, namentlich also, daß der bloße Anbruch des letzten Tages nicht genügt. Mehr aber als der Ablauf des novissimus dies in dem entwickelten Sinne wird zu dem complere nicht erfordert. Der Eintritt des mathematischen Endpunkts insbesondere braucht nicht abgewartet zu werden. Nach der civilen Berechnungsweise ist die Zeit der XVII Jahre mit der zunächst voraufgehenden Mitternachtstunde völlig abgelaufen.

---

gesprochene Princip „tempus coeptum habetur pro completo“ ist dem römischen Recht völlig fremd. Und doch stützt gerade hierauf Koch Belehr. S. 19—36. seine ganze Darstellung der Computatio civilis. Auch v. Bangerow (Latini Jun. pag. 173.) anerkennt jene Regel. — Vergl. unten in diesem §. N. 9.

2) L. 4. D. de ritu nupt. (XXIII. 2.) „Minorem annis XII nuptam tunc legitimam uxorem fore, quum apud virum *explesset XII annos.*“ — Ein Frauenzimmer unter 12 Jahren kann keine gültige Ehe ſchließen. Legitim wird ihre Verbindung erſt, wenn ſie im Hauſe des Mannes jenes geſetzliche Alter zurückgelegt hat, d. h. wenn der 31. December des Jahrs 12 verfloſſen iſt. Zur Bezeichnung dieſes Ablaufs bedient ſich Juſtinian in l. 24. C. de nuptiis (V. 4.) der Worte „nuptiarum aetas — — vel feminis post duodecimum annum accesserit, vel maribus post quartum decimum *completum.* — —

3) 70 Jahre geben einen Excuſationsgrund von der Uebernahme der Tutel oder Curatel. L. 1. C. qui aetate se exc. Modeſtin faßt in l. 2. pr. D. de excusat. (XXVII. 1.) dieſe Regel in die Worte: „*Ἀφίενται ἐπιτροπῆς καὶ κουρατορίας καὶ οἱ ἑβδομήκοντα ἔτη πεπληρωκότες,*“ und erklärt dieß *πεπληρωκότες*, das dem obigen explere, complere, völlig entſpricht, durch: „*ὑπερβεβηκέναι δὲ δεῖ τὰ ἑβδομήκοντα ἔτη.*“ Ebenſo findet ſich in l. 2. §. 9. D. eod. „*ἐκβάντων,*“ und in l. 8. §. 2. D. eod. wird *πληρώσας* durch *ὑπερβάς* erklärt [1]). Die Behauptung Modeſtins beſtätigt Ulpian in l. 3. D. de jure immun. (L. 6.) — Auch hier iſt wieder hervorzuheben, daß das *πληρώσαι*, das *ὑπερβεβηκέναι* und das egressum esse nicht erſt mit Zurücklegung des mathematiſchen Endpunkts, ſondern nach der civilen Zeitrechnung ſchon einige Stunden früher mit Ablauf unſeres novissimus dies ſtattfindet. —

4) 14 Jahre werden in der Perſon eines Mannes zu einem gültigen Teſtamente verlangt. Daß ſie zurückgelegt ſein müſſen, zeigt l. 49. §. 3. D. de legat. et fideic. (30. 1.) „— — quod si testamenti facti tempore minor XIV annis filius inveniatur, puto tempus annua bima trima die praestationis *ex die completi quarti decimi anni* statim cedere.“ Dieſelben Ausdrücke finden ſich in

[1]) Aehnlich drückt ſich Theophilus ad §. 2. J. de excus. tut. (1. 25.) aus.

§. 7. J. qui et quib. ex caus. (1. 6.) und in l. 2. C. quando provoc. non est necess. (VII. 64.)

5) Hieher gehören auch alle diejenigen Stellen, in welchen die Erfüllung irgend einer Frist durch die Ausdrücke: „transacto tempore“ [l. 3. C. ex quib. caus. infam. (III. 12.)]; „transire“ [l. 5. C. de tempor. in integr. restit. (11. 53.); Nov. 53. c. 3. als Authent. offeratur ei zu l. 1. C. de litis contestat. (III. 9.)]; „temporis spatium emensum“ [l. 3. C. de jure emphyt. (IV. 66.)], und andere der Art bezeichnet ist. Vor Ablauf des letzten Kalendertages der Frist ist dieselbe nicht als ein tempus transactum zu betrachten.

6) Die Lex Aelia Sentia verbot einem pater familias unter 20 Jahren zu manumittiren. Justinian änderte diese Bestimmung dahin, daß fortan nur ein Alter von 17 Jahren zu der testamentarischen Freigebung erforderlich sein sollte. In §. 7. J. qui et quib. ex causis (1. 6.) wird dieß in den Worten ausgedrückt: „— — non aliter minori XX annis libertatem in testamento dare servo suo concedimus, nisi septimum et decimum annum *impleverit*, et *octavum decimum annum tetigerit*.“ Dieser Zusatz läßt doch wohl darüber keinen Zweifel, daß der letzte Kalendertag völlig zurückgelegt sein muß. Angetreten aber ist das 18. Jahr schon mit der Mitternachtsstunde vor Eintritt des mathematischen Endpunkts, von welchem die Civilcomputation ja völlig absieht. —

7) Fünf Jahre nach dem Tode eines Menschen soll über dessen status keine quaestio mehr erhoben werden. In *l. 4. C. ne de statu defunctorum* (VII. 21.) wird daher diese quaestio als eine gültige anerkannt, wenn angebracht „prius quam id temporis spatium *excederet;* als ungültig, wenn (nach l. 6. C. eod.) „quinquennium a die mortis eius *excessit*.“ Es wäre völlig willkührlich, dieß excedere in irgend einem frühern Punkte anzunehmen vor Eintritt der Mitternachtsstunde, welche dem mathematischen Endpunkt zunächst voraufgeht.

8) Die Fristen, innerhalb welcher die querela non numeratae

dotis geſtattet wird, ſind verſchieden je nach der Dauer der nun getrennten Ehe. Beſtand dieſe 2 Jahre, ſo dauert die Querel 1 Jahr; wenn 10 Jahre, dann nur 3 Monate. Dieſe Ehedauer wird in Nov. 100. c. 2. ſo bezeichnet: — — si matrimonium *intra biennium* solutum est. — Si *ultra biennium* usque ad decem annos matrimonium duret. — — Si *praeterierint* decem anni." — Alſo das 10te Jahr darf nicht etwa nur erreicht, ſondern muß in allen ſeinen Theilen völlig abgelaufen ſein.

9) Ein Fall findet ſich in unſern Rechtsquellen, der als beſtimmt anerkannte Ausnahme die Regel in allen ihren Theilen beſtätigt. In *l. 8. D. de mumer. et honor.* (50. 4.) wird in Beziehung auf die Regel des öffentlichen Rechts, daß vor dem 25. Jahre Staatsämter nicht übernommen werden können, geſagt: „Annus autem vicesimus quintus *coeptus pro pleno habetur;* hoc enim in honoribus *favoris causa constitutum est,* ut pro plenis inchoatos accipiamus[1])." Daß hier gar keine Frage der Computation; ſondern vielmehr eine abſichtliche Abweichung von der Regel vorliegt, ſagt nicht nur die Stelle ausdrücklich ſelbſt, ſondern zeigt auch namentlich der Umſtand, daß es ſich hier nicht um den letzten Kalendertag, ſondern um ein ganzes Jahr handelt, das ja nicht als Maß der Zeitberechnung aufgeſtellt iſt. — Dennoch ſcheint gerade aus dieſer Stelle, und namentlich aus den Worten „coeptus pro pleno habetur" (sc. *annus*) die oben ſchon widerlegte allgemeine Regel „tempus coeptum pro pleno habetur" abſtrahirt worden zu ſein[2]).

10) Die Regel des unter allen Umſtänden erforderten Ablaufs der Friſten wird von den römiſchen Juriſten ſo ſehr feſtgehalten, daß ſie dieſelbe ſelbſt der Erklärung an ſich zweifelhafter Ausdrücke zum Grunde legen. Dieß bezieht ſich vorzüglich auf das Wort „intra". Auch dieſem iſt nur durch den

---

[1]) cf. L. 74. D. ad SCtm Trebell. (36. 1.)

[2]) S. oben S. 53. Not. 1.

völligen Ablauf der bezeichneten Frist genügt. So wird das Versprechen einer Geldsumme unter der Bedingung „si *intra biennium* capitolium non ascenderis“ von Celsus (in l. 99. D. de V. O.) und von Pomponius (in l. 27. §. 1. D. eod.) dahin ausgelegt „ut non nisi *praeterito* biennio recte petam.“ Eine weitere Anwendung derselben Regel enthält l. 133. D. de V. S. (ULP.) „Si quis sic dixerit, ut *intra diem mortis* eius aliquid fiat, ipse quoque dies, quo quis mortuus est, numeratur. Erst nach Ablauf dieses Tages wird über Erfüllung oder Nichterfüllung des Versprechens geurtheilt werden können. Diesem Grundsatz zufolge finden wir den Gegensatz von intra annum durch *praeterito* anno ausgedrückt von Tryphonin in l. 44. D. de excusat. (27. 1.).

In l. 8. C. *de dol. mal.* (II. 21.) werden *intra* continuum biennium und *post* biennium entgegengesetzt. Vergl. l. 1. §. 7. D. *de agn. et alendis lib.* (25. 3.). Zum deutlichen Beweis, daß „intra“ bis zu dem Punkte reicht, in welchem der genannte Zeitraum völlig zurückgelegt ist. Demnach muß die allgemeine Regel aufgestellt werden, daß das Wort intra in allen Anwendungen stets den Ablauf der mit ihm verbundenen genannten Frist erfordert. Wenn es daher heißt [§. 16. J. de excus. tut. (I. 25.)], die zu Tutoren Ernannten haben ihre Excusationen anzubringen: „intra dies 4 continuos, ex quo cognoverunt,“ so werden sie noch während des ganzen 50sten Tages gehört werden müssen. Der Vorschrift der l. 22. C. *de jure deliber.* (IV. 30.), wonach das von dem Erben schon intra triginta dies entworfene Inventar „intra alios sexaginta dies“ vollendet werden muß, wird völlig genügt sein, sollte die Vollendung auch in die letzten Minuten des 60sten Kalendertages fallen. Die Bedingung: „Si *intra* illam diem venierit“ wird so ausgelegt, daß A. auch noch an dem ganzen fraglichen Tage kommen kann. Vergl. l. 52. §. 11. D. pro soc. (17. 2.). Wenn ferner die B. P. „intra dies centum“ erbeten werden muß, so heißt das nichts Anderes, als daß sie auch in jeder Stunde des 100sten Tages noch zeitig genug verlangt wird.

Gerade für diesen Fall bestätigt uns Ulpian in l. 1. §. 9. D. *de succ. ed.* (38. 9.) die Bedeutung von intra ausdrücklich, mit dem Bemerken, daß „*in* diebus centum" ganz denselben Sinn gebe. „Quod dicimus, intra dies centum bonorum possessionem peti posse, ita intelligendum est, ut et ipso die centesimo bonorum possessio peti possit, quemadmodum *intra Kalendas* etiam ipsae Kalendae sint. Idem est, ei si *in diebus centum* dicatur." Ich habe diese für die grammatische Bedeutung des Wortes intra völlig entscheidende Stelle darum bis zuletzt verspart, weil v. Savigny (S. 402—404.) Grundsätze in derselben ausgesprochen findet, die ihr entschieden völlig fremd sind. v. Savigny begnügt sich nicht damit, in den Worten Ulpians die einfache Bemerkung zu sehen, mit „*intra* dies centum" seien nicht etwa weniger als 100 Tage, sondern volle 100 Tage gemeint; — er will auch noch die Computation dieser Frist darin so festgestellt finden, daß der Tag, an welchem der Berufene die angefallene B. P. erfahren hat, von Ulpian nicht mitgezählt werde. Dieß führt dann weiter zu der Behauptung, daß der centesimus dies eben so gut auch novissimus oder centesimus et primus hätte genannt werden können. Nach meiner obigen Behauptung kann der novissimus dies von centum dies nie der centesimus primus, sondern immer nur der centesimus sein. Hiefür wird man mir wohl jeden weitern Beweis erlassen. Aber davon handelt die Stelle gar nicht. Einrechnung oder Nichteinrechnung des ersten Tages wird von Ulpian mit keiner Sylbe berührt, sondern schlechtweg die Frage, ob der mit intra verbundene Tag noch in der gestatteten Frist mit inbegriffen sei, bejahend beantwortet, gerade wie dieß in l. 133. D. de V. S. (L. 16.) in Beziehung auf den Ausdruck: intra diem mortis geschieht.

So wie mit intra, so wird auch mit dem ebenfalls unsichern Ausdruck: „pervenire ad tempus quoddam" die Nothwendigkeit des Ablaufs der genannten Zeitfrist verbunden. Die Fideicommiß-Bedingung „quum ad annum sextum decimum pervenerit" begleitet Marcellus in l. 48. D. de condit. et demonstr. (XXXV. 1)

mit der Bemerkung: „non putabam, diem fideicommissi venisse, quum sextum decimum annum ingressus fuisset, cui erat relictum quum ad annum sextum decimum pervenisset. Et ita etiam Aurelius Imperator Antoninus ad appellationem ex Germania judicavit.“ Eine ganz mit dieser Regel übereinstimmende Entscheidung des Kaisers Alexander vom Jahr 426 findet sich in l. 5. C. quando dies leg. (VI. 53.). Die Worte „quum ad legitimum statum pervenerit“ werden erklärt als die Bezeichnung der Zeit „quo S. vigesimum quintum annum aetatis *implesset*“ „Non coeptum enim annum, fügt der Kaiser bei, sed impletum, si de emolumento relicti fideicommissi tractetur, exspectandum esse, jurisprudentibus placuit.“ Die letzten Worte dürfen nicht so ausgelegt werden, als stellten sie die Nothwendigkeit des Zeitablaufs als eine ausnahmeartige Folge der Natur des Fideicommisses dar. Dieser wird nur die untergeordnete Bedeutung zugeschrieben, jene an sich gewöhnlichere Bedeutung des Ausdrucks auch als die von dem Erblasser wahrscheinlich gedachte darzustellen. Der Ausdruck „quum quatuordecim annorum erit“ ist völlig gleichbedeutend mit dem erklärten „quum ad annos XIV pervenerit,“ wie sich aus l. 49. pr. u. §. 1. D. de leg. et fid. (XXX. 1.) ergiebt, dient diesem also zur Erklärung. Es ist allgemein bekannt und durch oben abgedruckte Stellen erwiesen, daß die Testamentsfähigkeit der Männer an die Zurücklegung von 14, die der Weiber an die Zurücklegung von 12 Jahren geknüpft ist. Hiemit hängt zusammen, was Ulpian in l. 2. pr. D. de vulg. et pupill. subt. (28. 6.) so ausdrückt: „Moribus introductum est, ut quis liberis impuberibus testamentum facere possit, donec *masculi ad XIV annos perveniant, feminae ad XII.*“ Auch hier ist pervenire ganz wie complere gebraucht. — In l. 74. §. 1. D. *ad SCtum Trebell.* erzählt Paulus einen Prozeß, welcher sich über die Bedeutung des Ausdrucks „quum ad annum vicesimum aetatis pervenisset“ entspann, und der in der ersten Instanz vor dem Präses zu Gunsten der Klägerin so entschieden wurde, als enthalte jener Ausdruck das Erforderniß des zurück-

gelegten 20ſten Jahres; den aber in zweiter Inſtanz der Kaiſer zu Gunſten der Valeriana beurtheilte, als verlangten die Worte eine billige Auslegung der Abſicht des Erblaſſers („motus et aequitate rei et verbis testamenti, si ad annum vicesimum aetatis.“) nur den Eintritt, nicht aber die Zurücklegung des 20ſten Jahres. — Paulus ſelbſt hatte vor dem Kaiſer das Geſuch der abgewieſenen Klägerin vertheidigt; und giebt auch noch in ſeiner Relation der von dem Gegner vorgebrachten Beweiſe deutlich genug zu verſtehen, daß er durch dieſelben die Abweichung von der gewöhnlichen, recipirten Auslegung des fraglichen Ausdrucks nicht für gerechtfertigt anſieht. — Wie Dem übrigens ſein mag, ſo viel iſt klar und aus Anlaß mannigfacher theils oben ſchon gerügter, theils unten noch zu berührender Mißverſtändniſſe wichtig zu bemerken, daß alle dieſe den Sinn der Worte: „intra“ und „pervenire ad annum quendam“ betreffenden Stellen kein Prinzip der Computation, ſondern einzig und allein die Interpretation der fraglichen Ausdrücke enthalten. — Die Wichtigkeit dieſer Wortinterpretation in Bezug auf Zeitverhältniſſe zeigt ſich auch noch in andern Fragmenten. So in l. 49. D. *de Cond. et dem.* (35. 1.). „Si *in* annos decem heres dare damnatus, aut quis liber esse jussus est, *novissimo ejus temporis die* legatum debebitur et libertas obtinget.“ — Die Worte „*in* annos decem“ werden mit Recht anders ausgelegt, als „post annos decem.“ Dieſem letztern Ausdruck würde nur durch den Ablauf des novissimus dies (31. Dec.) genügt ſein.

Haben wir nun aus allem Bisherigen erſehen, daß die Ausdrücke *intra* dies C, *in* diebus C, quum *ad* centesimum diem *pervenerit*, *usque* ad dies C [1]) ſämmtlich nicht etwa nur den Eintritt, ſondern den Ablauf des hundertſten Tages verlangen, ſo ergiebt ſich von ſelbſt, was von v. Savigny's [2]) und Anderer

[1]) Zum Beweis Nov. 100. C. 2. u. l. 8. C. de oper. publ. (VIII. 12.) Vergl. tit. J. de litter. oblig. (III. 21.)

[2]) l. c. S. 352. Auch Erb S. 2. 36. f. ſtellt den Satz auf, das Civilrecht verlange das Ueberſchreiten des Zeitraums nicht, wohl

Behauptung zu halten ist, wonach die Ueberschreitung einer Frist nur da verlangt sein soll, wo durch besondere Ausdrücke, namentlich durch das Wort major (z. B. LXX, LV, XXV annis) dieß Erforderniß hervorgehoben wird. Allein „major" bezeichnet in der That nicht mehr als alle obigen Ausdrücke. Der Ablauf der Frist, d. h. der Eintritt der dem mathematischen Endpunkt vorangehenden Mitternachtsstunde genügt hier wie dort. So wird in den oben citirten Stellen major LXX annis der genannt, „qui septuagesimum annum complevit." In andern Stellen steht major völlig gleichbedeutend mit non minor, zum deutlichen Beweis, daß der Eintritt der major aetas nicht etwa den Ablauf einer größern Frist verlangt, als die Beendigung der minor aetas. Mit andern Worten: es giebt keinen auch noch so kleinen Zeitraum, welcher die major und die minor aetas von einander trennte [1]), und selbst keiner der beiden Stufen angehörte. So heißt es in §. 2. J. qui testam. tut. dar. poss. (1. 14.) „— minor XXV annis tutor testamento datas tutor erit, cum — major XXV annis factus fuerit." In demselben Moment, in welchem die Minorennität aufhört, in demselben beginnt die Majorennität. Der Eintritt dieser letztern verlangt nicht etwa den Ablauf eines Kalendertages noch außer der schon beendigten minor aetas. — Auf der andern Seite finden wir den negativen Gedankenausdruck mit minor „minor XIV annis testamentum facere non potest" völlig in denselben Worten, wie den positiven mit major, erklärt, nämlich durch „implesse defunctum quartum decimum annum debere." Vergl. l. 2. C. quando provoc. non est nec. (VII. 64.). Der bekannte Satz, daß minores XXV annis unter der Curatel stehen, wird in pr. J. de curat. (1. 23.) in den

---

aber die Vollendung desselben. — Diese Unterscheidung von excedere und complere ist völlig unhaltbar, wie sich schon aus der Vergleichung von pr. J. 1. 22. mit l. 3. C. V. 60. u. l. 4. C. VI. 22. ergiebt.

[1]) Stellen, wie l. 1. D. de manumiss., welche dieser Ansicht zu widersprechen scheinen, werden unten noch besonders erklärt.

Worten gegeben: „masculi puberes et foeminae viripotentes usque ad XXV annum completum curatores accipiunt.“ Dieſem entſprechend findet ſich in l. 14. C. de administrat. tut. (V. 37.) „Rationes curae administratae ante impletum quintum et vicesimum annum durante officio posci jure non posse, manifestum est;“ und in l. 3. C. si maj. fact. alien. (V. 74.) „post impletum minorem aetatem, id est post XXV annos.“

Dieſem Allem zufolge wird überall, wo von major certo annorum numero ohne weitere Erklärung die Rede iſt, der Ablauf des letzten Kalendertages, d. h. der Eintritt der dem mathematiſchen Endpunkte zunächſt vorangehenden Mitternachtsſtunde abzuwarten ſein. Dieſe Regel muß z. B. ihre Anwendung finden in l. 10. D. de quaestion. (XLVIII. 18.) „De minore XIV annis quaestio habenda non est;“ — in l. 3. C. qui aetate vel profess. „Manifesti juris est, majores quinquaginta quinque annis invitos ad munera personalia vocari non posse;“ und in vielen andern der Art. — Ganz auf dieſelbe Weiſe iſt der negative Ausdruck minor auszulegen. So ſoll nach Nov. 123. C. 13. ein minor XXXV annis nicht zum presbyter, ein minor XXV annis nicht zum diaconus oder subdiaconus, ein minor XVIII annis nicht zum lector u. ſ. w. erwählt werden [1]). In unſerer bisherigen

---

[1]) Das nothwendige Erforderniß des Ablaufs eines feſtgeſetzten Termins zeigt ſich auch bei der Auslegung der ſervianiſchen Beſtimmung über das kriegspflichtige Alter. Für den Beginn der senior aetas werden 45 volle Jahre feſtgeſetzt. Arg. Dionys. IV. 16. — Tubero bei Gellius N. A. X. 28. drückt dieß in den Worten aus: »eosque *ad* annum quadragesimum sextum iuniores, supraque eum annum seniores appellasse.« Der Sinn des supra könnte zweifelhaft ſein, wenn nicht das vorhergehende ad zeigte, daß hier in der That nur 45 volle Jahre verlangt ſind. Polybius (VI. 19. ἐν τοῖς ἐξ καὶ τετταράκοντα ἔτεσιν ſeien die Römer kriegspflichtig) und Livius (43. 14. «tu minor annis *sex* et quadraginta ei, tuque — ad delectum prodibis») ſprechen nun allerdings von 46 Jahren, welche Abweichung Huſchke Verf. des Serv. Tull. S. 144. u. 51. dadurch erklärt, daß man unmöglich gerade mit dem Geburtstag

Darstellung haben wir, gestützt auf die Worte des Paulus in l. 134. de V. S. den doppelten Zweck verfolgt, theils den wahren Sinn der Civilcomputation darzulegen, und ihn gegen die falschen, entstellenden Ausdrucksweisen der Neuern zu wahren; — theils die mit der Zeitberechnung in Verbindung stehende Terminologie auf feste Grundsätze zurückzuführen. Durch sie geleitet gehen wir nun an die Erklärung der weitern Stellen, und zwar ohngefähr in derselben Ordnung, in welcher sie v. Savigny im System Bd. IV. betrachtet.

Einen merkwürdigen Ausspruch des alten Q. Mucius Scävola über die Unterbrechung der Usucapion einer nicht in manu mariti stehenden Ehefrau haben uns Gellius N. A. (III. 2.) und Macrobius (Saturn. 1. 3.) aufbewahrt. „Q. quoque Mucium Sc. dicere solitum legi, lege non esse [1]) usurpatam mulierem, quae Kalendis Januariis apud virum caussa matrimonii esse coepisset, et ante diem quartum Kalendas Januarias sequentes usur-

---

eines Jeden das Heer entlassen könnte; Niebuhr (R. Bd. 1. S. 461.) als eine spätere absichtliche Ausdehnung der Kriegspflicht in Folge gesteigerten Bedürfnisses ansieht. Beide Erklärungen scheinen mir unstatthaft. Ich glaube, auch noch zu der Zeit, von welcher Livius und Polybius sprechen, war die Dienstpflicht auf volle 45 Jahre beschränkt; die Erwähnung des 46sten ist bei Livius wohl bloße Folge jener falschen, aber in wichtigen Beispielen beglaubigten Annahme, die Bezeichnung einer Frist, namentlich mit dem Worte minor, verlange bloß deren Anbruch, nicht deren Ablauf. Noch wahrscheinlicher ist diese Verwechselung für den fremden Polybius. Die Kriegspflicht beginnt mit vollendetem 17ten Jahre, gerade wie späterhin das jus postulandi. Am beweisendsten ist Liv. 25. 5. Vergl. Liv. XXII. 57. und Tubero bei Gellius. l. c. Den Irrthum Niebuhrs l. c. über diese Altersbestimmung verbessert Huschke Verf. S. 145. u. 56.

[1]) Vergl. Erb l. c. S. 213. N. 1. u. 2. Gar nichts mit dieser Stelle weiß v. Löhr l. c. S. 422. anzufangen. Im Irrthum ist Unterholzner l. c. S. 302. — Reinfelder S. 166. f. hat der Sprache Gewalt gethan, um diese Stelle mit seiner Meinung in Einklang zu setzen. — Für Reinfelder erklärt sich v. Bangerow Lat. Jun. S. 173. N. 18. u. Pandecten I. S. 262.

patum esset. Non enim posse impleri trinoctium, quod abesse a viro usurpandi caussa ex XII tabulis deberet: quoniam tertiae noctis posteriores sex horae alterius anni essent, qui inciperet ex Kalendis."

Um die Usucapion gehörig zu unterbrechen, mußte die Frau nach einem durch die zwölf Tafeln bestätigten Grundsatze jedes Jahr wenigstens drei volle Nächte außer dem Hause ihres Mannes zubringen. Hat das Zusammenleben im Laufe des 1. Jan. begonnen, so ist vorerst nur nach dem allgemeinen Prinzipe, nicht nach den Worten der Stelle zu entscheiden, das Jahr mit Eintritt der Mitternachtsstunde vom 31. Dec. auf den 1. Jan. abgelaufen. Die sechs letzten Stunden dieser Nacht gehören mithin nicht mehr zu dem ersten, sondern schon zu dem zweiten Ehejahr. Hieraus folgt, daß die Frau, welche am 29. Dec. das Haus ihres Gemahls verläßt, im ersten Jahre nicht volle drei Nächte, soudern nur zwei ganze Nächte, die vom 29. auf den 30., und vom 30. auf den 31. Dec., und die Hälfte der dritten, der vom 31. Dec. auf den 1. Jan. [1]), außerhalb zugebracht, mithin nun usucapirt, d. h. in manum gekommen ist. Diese Entscheidungen enthalten nun auch die Worte des Scävola. Aber selbst sie, die durch ihre Klarheit und Einfachheit jeder Möglichkeit eines Mißverständnisses zu trotzen scheinen, sind absichtlicher Verdrehung nicht entgangen. So versteht Reinfelder, der dieses klarste und älteste aller unserer Zeugnisse für zuletzt verspart, unter „ante diem IV" nicht diesen Tag selbst, d. h. den 29. Dec., sondern, seiner bessern Kenntniß der Bedeutung von ante in jener Verbindung zum Trotz, einen beliebigen Tag vor dem 29. Dec. Einer Widerlegung bedarf dieser Nothbehelf zur Rettung eines falschen Systemes nicht. (Vergl. v. Savigny S. 366. n. d.)

In Scävola's Entscheidung findet sich das Prinzip der

[1]) Nach Unterh. l. c. S. 302. soll diese Stelle beweisen, daß der 1. Jan. der dies novissimus sei!!

civilen Computation vorausgesetzt [1]), und ohne selbst ausgesprochen zu sein, auf den Fall der usurpatio mulieris angewendet. Mehr ward nicht für nöthig erachtet.

Von der Vollendung der Usucapion sprechen auch noch Venulejus und Ulpian. Aus Venulejus l. V. interdict. ist die l. 15. pr. de div. temp. praescr. (XLIV. 3.) genommen: „In usucapione ita servatur, ut, etiamsi minimo momento novissimi diei possessa sit res, nihilominus repleatur usucapio, nec totus dies exigitur ad explendum constitutum tempus.«

Die richtige Interpretation dieser Stelle hängt wesentlich von der richtigen Bestimmung des novissimus dies ab. Diesen nun hier anders aufzufassen, als es unsere obige Deduction mit sich bringt, wäre tadelnswerthe Willkühr. Wir verstehen also darunter nicht den Kalendertag, in dessen Verlauf der mathematische Endpunkt der Usucapion fällt, mithin nicht den 1. Jan. irgend eines folgenden Jahres; denn dieser liegt, wie Scävola bei Gellius luce clarius beweist [2]), schon in dem folgenden Jahre, kann mithin unmöglich der novissimus dies des letzten sein; sondern wir verstehen darunter den 31. Dec., und gründen hierauf folgende Erklärung der Worte des Venulejus: Die Vollendung der Usucapion verlangt nicht einen bis zum Ablauf des 31. Dec. fortgesetzten, sondern nur bis in den Beginn desselben sich erstreckenden Besitz. Genau genommen soll also die am 1. Jan. begonnene Usucapion einer res mobilis mit Eintritt der Mitternachtstunde, welche den 30. Dec. desselben Jahres schließt, vollendet sein.

Mit dieser Behauptung des Venulejus steht die des Scävola in offenbarem Widerspruch. Denn ist die Usucapion

---

[1]) Die Ueberschrift des erwähnten Kapitels aus Gellius lautet: «Quid Q. Mucius scripserit super ea muliere, quam maritus non jure usurpavisset, quia rationem *civilis anni* non habuerit.»

[2]) Verba »quoniam tertiae noctis (d. h. der vom 31. Dec. auf den 1. Jan.) posteriores sex horae alterius anni essent, qui inciperet ex Kalendis.«

ſchon mit dem Beginn des 31. Dec. vollendet, ſo können nicht nur die posteriores VI. h. *tertiae noctis*, ſondern ſelbſt ſchon die posteriores *secundae* noctis der Frau nicht mehr zu Gute gerechnet werden. — Dieſen Widerſpruch werden alle Künſte der Interpretation, werden ſelbſt Machtſprüche unſerer domini in jure nicht zu entfernen vermögen [1]). Venuleſus iſt ſich übrigens ſeines Widerſpruchs gegen eine andere Meinung, welche den Ablauf des letzten Tages (31. Dec.) verlangte, wohl bewußt; er würde ſich ſonſt nicht ſo nachdrucksvoll [2]) gerade gegen dieſen Ablauf erklären. Dieſe abweichende Anſicht des Venuleſus wird durch die Worte „in usucapione ita *servatur*“ als eine durch theoretiſche und praktiſche Autoritäten unterſtützte Lehrmeinung dargeſtellt. — Wir begnügen uns hier damit, dieſen Widerſpruch ſelbſt als unbeſtreitbar hinzuſtellen. Weiter unten [3]) wird ſich die Gelegenheit darbieten, auf die Entſtehung dieſer Abweichung von der alten Theorie des Scävola hinzuweiſen, und den richtigen Geſichtspunkt für die Würdigung derſelben aufzuſtellen.

IV. Ulpian ſpricht ſich über die Beendigung der Uſucapion in zwei Stellen aus, wovon die erſte (l. 6. D. de usurp. XLI. 3. aus l. XI. ad Edict.) zur Edicts-Maſſe, die zweite (l. 7. D. eod. aus l. XXVII. ad Sab.) zur Sabinus-Maſſe gehört, aber ihres Inhalts wegen gleich hinter l. 6. eingeſchaltet wurde.

„In usucapionibus non a momento ad momentum, sed totum postremum diem computamus. — Ideoque qui hora sexta

---

[1]) Gar keinen Widerſpruch behaupten, außer v. Savigny S. 370. auch Göſchen I. S. 589. 590. u. Erb S. 226. Vergl. v. Löhr S. 423. Reinfelder S. 70. f. Unterholzner S. 304. v. Vangerow I. S. 261.

[2]) Der ganze Zuſatz «nec totus dies — — constitutum tempus» — enthält nichts Neues, ſondern ſchärft nur den Gedanken der Worte «etiamsi — — res» nochmals ein.

[3]) S. §. 11. am Ende.

diei Kalendarum Januariarum possidere coepit, hora sexta noctis pridie Kalendas Januarias implet usucapionem."

Es ist interessant zu sehen, für welche jener beiden Lehren Ulpian Parthei genommen hat. Meiner Meinung nach für die Scävola's gegen die des Venulejus. In diesem Lichte der Polemik gegen die letzte Meinung betrachtet, werden Ulpians Worte erst ihre volle Würdigung finden. — v. Savigny hat auch hier wieder den postremus dies mit dem ersten Tage des folgenden Jahres verwechselt, und dann, um die Einheit der Doctrin in den Stellen der Alten über die Beendigung der Usucapionsfrist zu retten, das „totum — — computamus" auf eine Weise erklärt, welche weder die Sprache noch die Rechtsgrundsätze dieser Lehre ertragen. Nach ihm (S. 369.) sagen jene Worte: „Wir nehmen den letzten Kalendertag als ein untheilbares Ganze," und berechtigen zu der Folgerung, diesen Tag in jedem seiner wirklichen einzelnen Theile schon als vollendet anzusehn [1]). Allein eine ungezwungene, durch keine vorgefaßte Theorie geleitete Interpretation kann in jenen Worten durchaus nicht das juristische Prinzip, wonach der Tag als untheilbare Einheit dargestellt wird, sondern bloß die einfache Behauptung erkennen, daß der ganze letzte Tag mitgerechnet werde. Hiedurch wird nichts weiter als die Behauptung des Venulejus: „nec *totus dies* (sc. novissimus) exigitur ad explendum constitutum tempus" von Ulpian widersprochen. Er verlangt eben nicht nur den Anbruch des letzten Tages (des 31. Dec.), sondern den ganzen Tag, d. h. den Ablauf desselben. Diese Auslegung findet zunächst in dem Gegensatz: „non a momento ad momentum" ihre Bestätigung. Man hat in der Regel in diesem Ausdrucke nichts als eine einfache Verneinung der Anwendbar-

---

[1]) Ebenso Unterholzner S. 303. Hagemeister S. 23. v. Löhr S. 423. Göschen S. 590. — Meine Erklärung vertheidigen Gothofredus ad l. 15. pr. D. de divers. temp. praescr. (XLIV. 3.) not. [11]). u. Erb S. 192—200.

keit jener sogenannten natürlichen Computation, d. h. der Beachtung des mathematischen Endpunkts bei der Usucapion finden wollen, und darum die l. 6. D. de usurp. des Ulpian mit der oben erklärten l. 134. D. de V. S. von Paulus als Beweis für dieselbe Regel zusammengestellt [1]). Wollten wir aber auch die Ausdrücke: „non a momento ad momentum“ (l. 7.) und „non ad momenta“ (l. 134.) an und für sich als gleichbedeutend hinnehmen. Die Verschiedenheit der Gegensätze: „sed totum postremum diem computamus“ (l. 6.) und „ad dies numeramus“ (l. 134.) müßte allein schon zur Zurücknahme jener Meinung nöthigen. — Während die Worte des l. 134. ganz einfach den Maßstab aufstellen, nach welchem das Civilrecht die Zeiträume mißt, spricht die l. 6. von dem Anfange und von dem Ende einer Frist, die je nach dem Gegenstande der Usucapion eine größere oder geringere Anzahl Jahre enthält. Als solche Grenzpunkte sollen nun nicht Zeitmomente, d. h. die kleinst denkbaren Zeittheile, als Endpunkt namentlich soll nicht schon das „minimum momentum novissimi diei“ (wie Venulejus behauptet), sondern nur dieser Tag in seiner ganzen Ausdehnung betrachtet werden. So ist in dieser Stelle der mathematische Endpunkt der Usucapionsfrist gar nicht genannt, auch nicht einmal, um verneint zu werden; schon dieß würde ihm eine Wichtigkeit beilegen, die ihm in der That nicht zukommt. Wer wird eine Ausnahme zu seinem Standpunkte wählen, um durch Verneinung derselben die Regel anschaulich zu machen? Man wende nicht ein, dieß thue doch Paulus in der l. 134. de V. S. selbst. Er erwähnt dort den mathematischen Endpunkt mit keiner Sylbe, sondern negirt ganz allgemein die Brauchbarkeit kleinerer Zeittheile als der Kalendertag zum Maßstabe der Zeit.

Die l. 7. c. soll nach der Stellung, welche man ihr unmittelbar nach dem fr. aus l. XI. ad Ed. gegeben hat, ein

[1]) v. Sav. S. 355.

Beispiel zur Erläuterung der Regel der l. 6. liefern. A. hat 12 Uhr Mittags am 1. Jan. zu besitzen angefangen; die Usucapion wird mit der Mitternachtstunde vom 31. Dec. auf den 1. Jan. eines folgenden Jahres vollendet sein. Die „hora sexta noctis pridie Kalendas Jan." ist, wie es v. Savigny S. 369. völlig bezeichnend ausdrückt, die dem 31. Dec. angehörende sechste Nachtstunde [1]). Wenn nun schon die Vollendung der Usucapion nicht in irgend einen Moment dieser sechsten Stunde, sondern genau an das Ende derselben fällt, so kann für die Erklärung des „pridie Kalendas" doch nur auf den zur Bezeichnung des fraglichen Mitternachtspunktes gebrauchten Ausdruck Rücksicht genommen werden. Dieser aber ist „hora sexta," und die sechste Stunde gehört ihrer ganzen Ausdehnung nach noch dem 31. Dec. an. Als Resultat der Betrachtung dieser verschiedenen Stellen über die Beendigung der Usucapionszeit muß der Satz aufgestellt werden: Scävola und Ulpian erachten die Usucapion für vollendet mit der dem mathematischen Endpunkt vorangehenden Mitternachtstunde. Venulejus geht 24 Stunden weiter zurück.

Von allen mir bekannten Bearbeitern unserer Lehre ist Koch allein unbefangen genug, die Behauptungen der verschiedenen römischen Juristen in ihrem Gegensatze anzuerkennen [2]). Aber sonderbar genug, er macht die Behauptung des Venulejus zu der des Ulpian, die des Ulpian zu der des Venulejus, Ulpian soll nach ihm 24 Stunden weiter zurückgehen als Venulejus [3]). Das Verhältniß der zwei verschiedenen

[1]) Koch Bel. l. c. versteht darunter die Mitternacht vom 30. auf den 31. Dec. Ueber diese Art der Stundenbezeichnung überhaupt Erb S. 193. f. — Vergl. Erb S. 200 — 212. — Richtig ist Unterholzners (S. 303.) Erklärung.

[2]) Gar keinen Unterschied zwischen der Lehre Ulpians und der des Venulejus nehmen an: Unterholzner S. 304., v. Vangerow I. S. 261., Erb S. 200., v. Löhr S. 423., Göschen S. 589., Hagemeister S. 21—24.

[3]) Koch Bel. S. 89—94.

Meinungen faßt Koch als ein hiſtoriſches auf, in welchem ſich die ſtufenweiſe Durchführung eines beſtimmten Prinzips verfolgen laſſe [1]). Mir ſcheint das Verhältniß ganz anderer Natur, und die Abweichung von der Meinung Scävola's und Ulpian's gar nicht unter dem Einfluß eines tiefern Prinzips der Wiſſenſchaft, ſondern bloß in Folge einer eigenthümlichen Interpretation zu Stande gekommen zu ſein. Darüber unten Genaueres.

V. Unter den Beſtimmungen, wodurch die Lex Aelia Sentia die Freiheit der Manumiſſion zu beſchränken ſuchte, findet ſich auch das Verbot der Freilaſſung von Seite eines minor XX annis. In der l. 1. D. de manumiss. (XL. 1.) unterſucht nun Ulpian, wann jene Ausdrücke des Geſetzes: „minor XX annis manumittere vetatur“ die Manumiſſionsfreiheit zuerſt anzunehmen geſtatten.

„Placuit eum, qui Kalendis Januariis natus, post (horam) sextam noctis pridie Kalendas quasi annum vicesimum compleverit, posse manumittere: non enim majori XX annis permitti manumittere, sed minorem manumittere vetari: jam autem minor non est, qui diem supremum agit anni vicesimi“ [2]).

Folgende Vorbemerkung iſt für die richtige Erklärung dieſes Fragments unerläßlich. Es handelt ſich hier nicht um die Berechnung von 20 Jahren, ſondern um die Interpretation der Geſetzesworte: „minor XX annis.“ Nicht eine Frage der Civilcomputation, ſondern einzig und allein der Geſetzesinterpretation liegt hier vor. — Ulpian ſtellt nicht die Frage, wann ſind 20 Jahre abgelaufen? ſondern die: wann iſt ein Jüngling nicht mehr als minor XX annis anzu-

---

[1]) In l. 6. c. ſoll nach Koch l. c. Ulpian noch die alte gemeine Lehre der römiſchen Juriſten, in l. 7. c. dann die neue vortragen.

[2]) Unterholzner S. 309. 310. verlangt nach dieſer Stelle die Erreichung des Geburtstages; v. Löhr S. 422., Reinfelder S. 54. f., Erb S. 190., Hagemeiſter S. 14. den Vorabend.

sehen? — und doch hat v. Savigny mit allen frühern Schriftstellern hier nicht diese zweite richtige, sondern jene erste unrichtige Fragestellung vorausgesetzt. — Der am 1. Jan. Geborne, sagt nun Ulpian, wird mit Mitternacht vom 30. auf den 31. Dec. zuerst zum Manumittiren berechtigt. — So wie oben die „hora sexta noctis pridie Kal. Jan.“ die sechste dem 31. Dec. angehörende Nachtstunde bezeichnete, so muß hier nicht diese Stunde selbst, sondern die auf sie folgende Zeit dem pridie Kal., also dem 31. Dec., angehören; die hora sexta selbst in ihrem Verlauf fällt somit nicht dem 31., sondern dem 30. Dec. zu [1]). v. Savigny (S. 374. Not. o.) macht dieser Erklärung einen Vorwurf, der sie nicht trifft. Es würden durch sie, meint er, die Worte „pridie Kalendas Januarias“ auf eine unzulässige Weise von „post sextam noctis“ getrennt, und unmittelbar mit „posse manumittere“ verbunden. Diese willkührliche Trennung einer untrennbar zusammenhängenden Zeitbestimmung fällt unserer Erklärung nicht zur Last. — Worin sie von der v. Savigny'schen abweicht, besteht einzig darin, daß sie nicht die sexta noctis, sondern das tempus post sextam noctis dem pridie Kal. zuschreibt. — Obwohl wir es also mit v. Savigny ebenfalls einleuchtend finden, „daß die hora sexta noctis pridie Kal. Jan. immer derselbe Zeitraum bleibt,“ so sehen wir es doch auf der andern Seite als eben so handgreiflich an, daß die hora sexta noctis und die Zeit post horam sextam noctis zwei verschiedenen Zeiträumen zufallen. — Das „post“ soll aber, nach v. Savigny, den Zeitausdruck in unserer Stelle von dem in l. 7. D. de usurpat. gar nicht unterscheiden, indem in dieser letzten Stelle zu „hora sexta noctis pridie Kal. Jan.“ exacta hinzugedacht werden müsse. — Allein

---

[1]) Hora sexta u. post horam sextam unterscheidet auch Erb S. 197. 198. Völlig gleichbedeutend, wie v. Savigny, nimmt beide Ausdrücke Unterholzner S. 308. Die richtige Erklärung giebt Hagemeister S. 9. Ebenso v. Wangerow S. 261.

wenn wir auch zugegeben haben, daß „hora sexta“ eine umschreibende Bezeichnung des Zeitpunktes ist, mit welchem diese sechste Stunde selbst schließt, so kann doch nicht geläugnet werden, daß hora sexta zunächst nicht den Endpunkt, sondern die Dauer der sechsten Stunde ausdrückt, und diese wird dem 31. Dec. zugetheilt. Die gegebene Erklärung der Zeitbestimmung erhält durch den Ausdruck „*quasi* annum vicesimum compleverit“ ihre Bestätigung. Wäre der Ablauf des 31., und nicht der des 30. Dec. gemeint, Ulpian könnte dann nicht von einem *quasi* complere, sondern nur von dem wirklichen, eigentlichen complere reden. — v. Savigny (S. 375.) will zwar dieß *quasi* als Ausdruck des Wesens der civilen Zeitrechnung ansehen, indem eigentlich vor der Geburtsstunde das zwanzigste Jahr noch nicht vollendet sei. Allein eben dieser Grund muß aus dem Gesichtspunkte des römischen Civilrechts bestritten werden. Nach ihm kann ein Zeitraum stets nur mit einer Mitternachtsstunde schließen; mit ihr aber wird er als völlig abgelaufen und in allen Theilen vollendet angesehn. An eine Verkürzung um den Bruchtheil eines Kalendertages hat nie ein römischer Jurist gedacht. Auf sie kann sich also „quasi“ auch nicht beziehen. Dieß erhält seine wahre Bedeutung nur aus dem Gegensatz des Ablaufs und des bloßen Antritts des letzten Kalendertages. Aus welchem Grund nun der bloße Beginn für genügend angesehn wird, sagt Ulpian in der zweiten Hälfte unserer Stelle: die L. Aelia Sentia rede ja nicht von einem major XX annis, wozu allerdings der Ablauf des letzten Kalendertages erfordert würde, sondern drücke sich negativ mit „minor XX annis“ aus, als minor aber könne der nicht mehr bezeichnet werden, welcher in dem letzten Tag des zwanzigsten Jahres, d. h. in dem 31. Dec. stehe. An diesem Tage ist der manumissor nicht mehr minor XX annis; wiewohl auch noch nicht major XX annis, sondern eben gerade zwanzig Jahre alt, „ipsorum viginti annorum,“ wie Paulus in l. 66. de V. O. (45. 1.) (Paul. l. III. ad leg. Ael. Sent.) sagt. Dieß

steht nun allerdings im Widerspruche mit unserer obigen (§. 1.) durch Stellen der Alten bewiesenen Behauptung, wonach sich die major- und minor aetas berühren, und ohne Mittelglied eines von beiden Stadien unabhängigen Zeittheiles, unmittelbar in einanderlaufen. Auch diesen Widerspruch werden wir nicht zu entfernen, sondern nur zu erklären haben. Der Schlüssel hiezu liegt in dem der römischen Jurisprudenz eigenthümlichen Bestreben, solche Gesetze, die wie die L. Aelia Sentia die persönliche Freiheit beschränken, so strict zu interpretiren, als die vielleicht zufällig gewählten Gesetzesausdrücke nur immer zulassen; selbst auf die Gefahr hin, größere Genauigkeit als gewöhnlich in Anwendung zu bringen. Gerade hieraus geht von neuem und mit mehr Anschaulichkeit als früher die Richtigkeit des Satzes hervor, daß es sich hier nicht sowohl um eine genaue Berechnung der 20. Jahre, als vielmehr um eine absichtliche, auf die Wort-Interpretation des Gesetzes gestützte Abweichung von derselben handelt. Eben darum kann der einfache Inhalt dieser Stelle des Ulpian nicht anders zu einem Zeugniß für die Civilcomputation gemacht werden, als wenn man aus der absichtlichen Abweichung den Inhalt der Regel selbst abstrahiren will. —

VI. Ganz ähnlich wie mit der eben erklärten Stelle über die Manumissionsfähigkeit verhält es sich mit 2 Stellen des Paulus, l. 132. pr. und l. 134. D. de V. S. (L. 16.), die erste dem 3ten, die andere dem 2ten Buche seines Commentars ad legem Juliam et Pap. entnommen. —

L. 132. pr. „Anniculus amittitur, qui extremo anni die moritur: et consuetudo loquendi id ita esse declarat: ante diem X Kalendas, post diem X Kalendas: neque utro enim sermone undecim dies significantur[1]).

L. 134. „Anniculus non statim ut natus est, sed tricentesimo sexagesimo quinto die dicitur, incipiente plane non ex-

[1]) Ueber die hier sehr abweichenden Lesearten vergl. v. Löhr S. 416. Not. 12.

acto die: quia annum civiliter, non ad momenta temporum, sed ad dies numeramus."

Beide Fragmente beziehen sich auf die Erklärung des Ausdrucks Anniculus, welchen die L. Aelia Sentia zur Bezeichnung des für die causae probatio nothwendigen Kindes gewählt hatte [1]). — Da auch das verstorbene Kind in manchen Rücksichten als noch lebend angerechnet wurde, so war es für alle Fälle wichtig zu bestimmen, wann dasselbe zuerst anniculus genannt werden könne. Diese Frage beantwortet Paulus in den beiden citirten Stellen. Auch hier handelt es sich um Nichts weniger als um die Berechnung einer Jahresfrist; Paulus untersucht gar nicht, wann von der Geburt eines Menschen an ein Jahr verflossen, sondern einzig und allein, wann dem Ausdruck der L. Aelia S. „anniculus" [2]) genügt sei. Mit einem Worte, es handelt sich hier wieder nicht um eine Frage der Computation, sondern blos um die Interpretation eines Gesetzesausdrucks. Als abgelaufen konnte ein Jahr erst mit Eintritt der Mitternachtsstunde zunächst vor dem mathematischen Endpunkt angesehen werden. Aber diesen Ablauf, mithin die Vollendung des Jahres fordert, nach Paulus Darstellung, der Ausdruck Anniculus nicht. Wer den letzten Kalendertag, den 365sten, nach unserm Beispiel den 31. Dezember, auch nur angetreten hat, kann schon anniculus genannt werden; ein Kind also, das im Laufe dieses 31. December stirbt, ist schon als anniculus verstorben und deßhalb ein Grund für den Erwerb der Civität von Seite seiner Eltern. — Ein Jahr ist darum mit dem Anbruch des letzten Kalendertages noch nicht verflossen. Daß dieß auch keineswegs behauptet werden soll, zeigt deutlich die Wahl der Ausdrücke, deren sich Paulus in beiden Stellen bedient. Die *l. 132.* beruft sich

[1]) Ueber die genauern Bestimmungen des Gesetzes von Gajus I. §§. 29. 31. 66. 68. 70. 71. 80.

[2]) Daß dieß eben der ursprüngliche Ausdruck dieser lex war, zeigte außer unsern Stellen auch Gajus I. §. 29.

ausdrücklich auf die „consuetudo loquendi“; die *l. 134.* weist in dem Ausdrucke „anniculus — — *dicitur*“ auf dieselbe hin. — Jene consuetudo loquendi wird noch durch die Erklärung der Ausdrücke: ante d. X Kalendas, und post d. X Kal.[1]) erläutert. Auch dieser Ausdruck verlangt nur den Anbruch des 10. Tages vor oder nach den Kalenden, nicht dessen Ablauf, und ist in so fern mit dem Worte „Anniculus“ auf eine Linie zu stellen. — Die Worte „Anniculus *non statim ut natus est* — — dicitur“ werden gewöhnlich völlig übergangen. Sie enthalten für den, welcher in den Worten des Paulus die Computation eines Jahres finden will, baaren Unsinn: Ein Jahr ist in dem Augenblick der Geburt eines Menschen noch nicht zurückgelegt! Paulus sagt vielmehr: Anniculus kann ein Kind nicht an dem Tage seiner Geburt, als am Anfang des ersten Jahres, sondern am 365. Tage, also am Ende des Jahres genannt werden. Es soll nicht einer falschen Berechnung des Jahresablaufs, sondern einer falschen Interpretation des Wortes anniculus durch diese Bemerkung vorgebeugt werden. —

Wir haben gesehen, daß sich Paulus in der ersten Stelle zur Rechtfertigung seiner Behauptung, wonach der völlige Ablauf des Jahres für einen anniculus nicht erfordert wird, ganz einfach auf die consuetudo loquendi und auf die Analogie anderer Ausdrücke beruft. Die 2te Stelle geht näher auf die Sache ein, und sucht jenen Sprachgebrauch selbst tiefer zu begründen. Zu diesem Zweck allein wird in den letzten Worten der l. 134. auf das Prinzip der civilen Computation verwiesen. Auch dieses ist also hier nicht in dem Sinne und zu dem Zwecke aufgestellt, um einer Computation zur Grundlage zu dienen[2]) sondern vielmehr dazu, die aufgestellte Interpretation zu motiviren. Jener Sprachgebrauch, will Paulus

[1]) Erb. l. c. S. 243. Not. 2. über diesen letztern Ausdruck.

[2]) Wie Löhr denkt S. 416. »Wenn die am Schlusse unserer Stelle angeführte Berechnungsart die regelmäßige und richtige ist, wie kann dann gefragt werden, ob diese Berechnungsart eintrete?

sagen, wonach man ein im 365. Tage stehendes Kind auch vor dem Schluß dieses Tages schon anniculus nennt, stimmt übrigens sehr gut mit dem Prinzip der civilen Computation überein, welche auf kleinere Zeittheile als auf Kalendertage keine Rücksicht nimmt; denn eben dieß thut jene consuetudo loquendi, wenn sie bloß auf den Eintritt des Kalendertages sieht, nach dem Ablauf aller seiner Momente aber nicht fragt. —

Ueber die Richtigkeit oder Unrichtigkeit dieser Anwendung des civilen Computations-Prinzips zur Erklärung jener consuetudo loquendi kann gestritten werden; man mag behaupten, Paulus habe dasselbe aus dem ihm eigenthümlichen Gebiet in ein ihm ursprünglich fremdes hinübergerückt. Wie dem sei, zweierlei ist sicher: zuerst, daß der Jurist den behaupteten Gebrauch und nur diesen von unserm Prinzip macht; und ferner, daß jene consuetudo loquendi völlig sicher und von der Richtigkeit des zu ihrer Erklärung von Paulus angeführten Grundes ganz und gar unabhängig ist. —

Von dieser Erklärung weicht v. Savigny (S. 376. f.) völlig ab. Für ihn ist hier rein nur von Computation die Rede; die Einmischung der Interpretations-Frage sieht er nicht. Ja er geht so weit, aus unserer Stelle selbst die Zählungsweise der erwähnten 365 Tage bestimmen zu wollen. Er behauptet, Paulus habe den Anfangstag, d. h. den 1. Januar, nicht mitgezählt, und lasse daher das Kind am Neujahrstag des folgenden Jahres anniculus werden[1]). — Alles dieß ist willkührlich in die Stelle hineingetragen. Ueber die Zählungsart spricht sich Paulus gar nicht aus. Ob der letzte Tag verflossen oder nur angetreten sein müsse, das ist die Frage; welches dieser letzte Tag ist, ob der 31. December oder der 1. Januar, das wird nicht genauer angegeben. Fragen wir aber von unserer Seite auch hienach, so ist kein Grund einzusehen, warum wir

[1]) Ebenso Unterholzner S. 310. 311. Vergl. v. Löhr S. 416. Erb S. 190. 191. 243. Reinfelder S. 64. 101. v. Vangerow S. 261.

gegen die bis jetzt befolgte und dem civilen Computationsprinzip allein entsprechende Verlegung des extremus dies auf den 31. December hier ausnahmsweise den 1. Januar annehmen sollten. — Noch viel weniger ist einzusehen, warum Paulus den 365. Tag nannte, wenn er, was v. Savigny S. 380. behauptet, eigentlich den 366. im Sinne hatte. Denn angenommen selbst, daß es einem Juristen zugestanden hätte, nach Willkühr den Anfangstag mitzurechnen oder auszulassen, d. h. nach Willkühr die civile Computation anzuerkennen oder bei Seite zu setzen, so wäre es doch für Paulus sicher höchst unräthlich gewesen, hier gerade die seltnere und unjuristische Berechnung seinem Ausdruck zum Grunde zu legen, ohne sich über diese Abweichung zu erklären. v. Savigny behauptet umgekehrt, durch die Wahl der Zahl 365 habe Paulus den Anstoß verhütet, welcher in dem wörtlichen scheinbaren Widerspruch zwischen der Zahl 366 und dem Ausdruck „Anniculus“ gelegen hätte. Diesen Widerspruch erkennen wir so sehr an, daß wir ihn sogar für mehr als einen bloßen Schein- und Wort-Widerspruch, daß wir ihn für einen unauflöslichen Widerspruch in der Sache selbst ansehen. Denn ein Jahr von 366 Tagen ist nach der römischen Betrachtungsweise selbst das Schaltjahr nicht; und Nichts kann wahrer sein, als was v. Savigny (S. 379.) sagt, „daß seit Cäsar's Reform des Kalenders Jeder, auch der Ungelehrte wußte, daß das Jahr 365 Tage habe.“ Würden wir etwas anderes annehmen, wir geriethen in einen Widerspruch, den wir nicht einmal „durch eine künstliche Erklärung“ (Sav. 380.) aufzulösen hoffen dürften. —

Durch sein falsches Prinzip hat sich v. Savigny (S. 278.) zu der Behauptung hinreißen lassen, die Worte »non exacto (die)« hätten eigentlich auch ganz wegbleiben können. Er sieht sehr wohl ein, daß zu der Annahme des ersten Januar, als letzten Kalendertags, die ausdrückliche Verneinung des Endes dieses Tags nicht paßt. Diese widerspänstigen Worte will er daher, da er sie doch nicht geradezu ausstreichen kann, „bloß paren-

thetisch eingeschoben" wissen, um sie dergestalt dem Auge aufmerksamer Beobachter zu entziehen. — Allein durch die Entfernung dieser Worte würde nicht nur dem incipiente (die) der unentbehrliche Gegensatz, sondern der ganzen Stelle ihr Centrum und der Bemerkung des Paulus ihr wesentlichster Inhalt genommen. Denn dieß und nur dieß soll ja gesagt werden, daß ein Kind auch vor dem Ablauf des letzten Tages schon anniculus genannt werden könne. —

Wir könnten hiemit die gegnerischen Argumente für beseitigt erachten, hätte nicht v. Savigny (S. 381.) auf die Worte der *l. 12. §. 5. D. de public.* (6. 2.)[1]) die Behauptung gegründet, „daß das Kind in demselben Zeitpunkt usucapirt wird, worin es den Eltern das Recht der L. Aelia Sentia erwirbt." Durch den Gebrauch desselben Ausdrucks anniculus zur Bezeichnung der beiden verschiedenen Rechtsverhältnisse hält er sich zu diesem Schlusse berechtigt. — So viel ist nun völlig sicher, daß nach der reinen Computation, wie sie bei Scävola und Ulpian vorliegt, die Usucapion erst mit Ablauf des letzten Tages, d. h. des 31. Decembers vollendet ist. Es fragt sich nur, ob Anniculus, ein Ausdruck dem schon der Anbruch des letzten Tages genügt, nicht auch zur Bezeichnung eines Menschen gebraucht werden kann, der diesen letzten Tag zurückgelegt hat; mit andern Worten: ob das Kind, das schon am Morgen des 31. Decembers jenen Namen trägt, denselben nicht auch noch nach Eintritt der Mitternachtstunde zwischen dem 31. December und 1. Januar mit Recht tragen kann? Ist dieß der Fall — und wer wird es läugnen? — dann ist sehr leicht einzusehn, daß in der von Paulus gegebenen Erklärung des Ausdrucks Anniculus, wie ihn die L. Ael. S. gebraucht, und in der Bezeichnung des zur Usucapion eines Kindes erforderlichen Alters von 1 Jahr durch denselben Ausdruck Anniculus, nicht die

[1]) Paulus l. XIX. ad Edict. „Publiciana actione etiam de infante servo *nondum anniculo* uti possumus."

mindeste Inconsequenz liegt. Im ersten Fall ist der Ausdruck Anniculus das Gegebene, aus dessen Interpretation eine Zeitbestimmung werden soll; — im 2ten dagegen ist der bekannte und unbezweifelte Zeitraum der Usucapion einer beweglichen Sache kurzweg durch den Ausdruck Anniculus bezeichnet; hier darf eben daher dieser Ausdruck nicht aus sich selbst interpretirt, sondern nur als Bezeichnung einer anderweitig völlig sichern Zeitfrist angesehen werden. —

Zuletzt ist zu bemerken, daß die von Paulus in l. 132. und 134. c. gegebene Erklärung des Gesetzesausdrucks Anniculus durch ihre Aufnahme in die Digesten und durch die abstracte Gestalt, welche ihr zu Theil geworden, nicht mehr auf die L. Aelia Sentia beschränkt, sondern überall anwendbar ist, wo die Entstehung von Rechten an die Existenz eines Anniculus geknüpft wird [1]).

---

[1]) Vergl. Göschen I. S. 595.

(Beschluß folgt.)

III.

Zur Controverse über die Priorität der Pfandrechte an Sachen, die zur Zeit der Bestellung dem Vermögen des Schuldners nicht angehört haben.

Von

Herrn C. H. C. Trotsche, Großherzoglich Meklenburg-Schwerin'schem Justizrathe zu Güstrow.

Die Verpfändung der Güter, welche der Debitor künftig erwerben möchte, bezieht sich nicht bloß auf Sachen, die sich gegenwärtig im Vermögen eines Anderen befinden, sondern auch auf solche, die noch gar nicht existiren, mögen sie körperliche oder unkörperliche sein und jene durch die Natur oder menschliche Kunstfertigkeit erst geschaffen werden, so wie auf Dinge, welche zwar schon vorhanden sind, aber doch zur Zeit entweder nicht als selbstständige gedacht werden oder keinen Eigenthümer haben. Dagegen ist die Verpfändung einer res aliena auf die zuerst genannten Objecte beschränkt und unterscheidet sich, selbst soweit diese beim generellen Pfandcontracte in Betracht kommen, von letzteren durch den Inhalt desselben, welcher der Annahme der — bei einer res aliena nicht ausgeschlossenen — Absicht der Contrahenten, die Sache eines Dritten zum Pfande zu geben und zu nehmen, geradezu entgegensteht. Auch L. 1. pr. de pignorib.

et hypoth.[1]) trennt beide Fälle von einander, und rechtfertigt somit deren abgesonderte Behandlung.

§. 1.

Die schlechthin vorgenommene Verpfändung einer fremden Sache — wofür die sub conditione, si debitoris facta fuerit, nicht gelten kann, da dieser Zusatz die Erklärung, daß der Contract keineswegs mit fremdem Eigenthume in Beziehung kommen solle, deutlich enthält und so die durch die Zusammenstellung in L. 7. §. 1. qui potiores in pign. 20. 4. anerkannte Aehnlichkeit mit der Verpfändung, quae habiturus sum, nahe legt — bringt die beiden Fragen zur Sprache, welches Verhältniß findet, so lange die Sache eine fremde bleibt, Statt, und welche Aenderung tritt mit dem Augenblicke ein, wo das Eigenthum derselben auf den Verpfänder oder das Schuldverhältniß auf den Eigenthümer übergeht? Bei der ersten ist die Stellung des Pfandnehmers zur res aliena und zum Verpfänder in's Auge zu fassen.

§. 2.

Auf die erste Frage, mit welcher sich dieser §. allein beschäftigt, ist die Antwort,

1) so weit sie das dingliche Recht betrifft, in L. 2. de pignerat act. 13. 7. dahin gegeben: nihil te egisse constat. Die einzige Ausnahme bildet der Contract mit einem *bonae fidei possessor*, indem daraus die Serviana zugestanden wird, und zwar nicht blos gegen den Debitor, und Alle, denen er demnächst Rechte zugesichert, namentlich gegen die jüngeren Pfandgläubiger desselben, unbeschränkt[2]), sondern auch wider andere Personen in dem Maaße, als sie der Publiciana actio

[1]) Conventio generalis in pignore dando bonorum vel postea quaesitorum recepta est: in speciem autem alienae rei collata conventione etc.

[2]) L. 21. §. 1. de pignorib. 20. 1. L. 14. qui potiores in pign. 20. 4. argum. L. 31. §. 2. de act. emt. vend. 19. 1.

des Schuldners weichen müſſen[1]), alſo wider die von einem andern bonae fidei possessor eingeräumten Pfandrechte unter der Bedingung, daß dieſem ſpäter, als jenem und von dem nämlichen Auctor tradirt worden[2]), ſo wie gegen die vom dominus conſtituirten, wenn er ſelbſt des bonae fidei possessor Auctor war oder dieſem nach Entſtehung der bonae fidei possessio ſuccedirte und nun Hypotheken ertheilte[3]). Daß der Pfandnehmer den Geber für den Eigenthümer gehalten haben müſſe, wird ebenſowenig erfordert, als der gute Glaube des Erſteren allein ſolche Rechte begründet. Die Publiciana actio iſt Pfandgläubigern nicht beigelegt.

2) Die perſönliche Stellung zum Schuldner richtet ſich danach, ob der Gläubiger zur Zeit der Contrahirung gewußt, daß die Sache einem Andern gehöre. Er hat ſich dann mit dem, was er nach Lage der Sache erhalten konnte, zufrieden gegeben und muß ſich hiemit begnügen, hat alſo ſelbſt dann, wenn er wegen mangelnder bonae fidei possessio des Schuldners ein dingliches Recht überall nicht erlangt, keine Klage wider denſelben. — Iſt ihm dagegen unbekannt geweſen, daß der Conſtituent nicht Eigenthümer war, ſo verfolgt er mit der Contracts-Klage die Verſchaffung des verheißenen oder Ver-

---

[1]) L. 18. de pignorib.

[2]) Es darf nämlich der von Paulus in L. 14. cit. aufgeſtellte Satz „quamvis, si a diversis non dominis pignus accipiamus, possessor melior sit“ nach der von ihm ſelbſt in L. 18. cit. angegebenen Grundregel, „si tuetur me per Servianam Praetor, quemadmodum debitorem per Publicianam“ nicht als eine ausnahmloſe Wahrheit genommen werden. Denn der Debitor wird nach L. 9. §. 4. de Public. in rem 6. 2. und L. 31. §. 2. de A. E. et V. 19. 1. (cf. auch L. 128. de R. J.) durch die Publiciana ſelbſt gegen den beſitzenden bonae fidei possessor unter der im Texte genannten Vorausſetzung geſchützt. v. Bangerow im Leitfaden f. Pandekten-Vorleſungen Bd. 1. S. 762. lit. e. u. X. nehmen hierauf keine Rückſicht.

[3]) L. 21. §. 2. in f. de A. E. et V. 19. 1. L. 4. §. 32. de doli mali. exc. 44. 4. (ſ. auch unten §. 3. a. E.) L. 1. §. 1. L. 2. et 3. §. 1. de exc. rei vend. et trad. 21. 3.

leihung eines gleichguten Pfandrechts, ohne daß der Debitor durch ignorantia entschuldigt wird.

Die Richtigkeit dieser Sätze ergiebt sich aus L. 9. pr. L. 16. §. 1. L. 32. de pignerat. act. 13. 7., aus L. 6. C. si aliena res pign. 8. 16., und L. 3. §. 4. Communia de leg. 6. 43. Die im Falle der Verpfändung einer res debita eintretende Ausnahme kann erst unten nachgewiesen werden.

Allemal wird indessen der besitzende Creditor, selbst wenn er sein Recht nicht gerade von einem bonae fidei possessor ableitet, dem Schuldner gegenüber, so lange die Schuld besteht, obsiegen, weil die Klage des Letzteren nur die pigneratitia sein, diese aber selbst im ersten Falle nicht anders, als soluta pecunia, mit Erfolg erhoben werden kann[1]).

Hiemit habe ich mir den rechtlichen Stand der Dinge bis dahin, daß entweder der Schuldner Eigenthümer des Pfandes oder dieser Debitor geworden, kurz zu vergegenwärtigen versucht.

§. 3.

Der Eintritt dieser Umstände ist nicht geeignet, die Lage des Gläubigers zu verschlechtern, weil die Rechte, welche derselbe vorher hatte, ohne Rücksicht auf die Person des Eigenthümers entstanden waren, und der Erbe den Schuldner repräsentirt. Muß der Gläubiger aber nicht melioris conditionis werden?

Betrachten wir zuerst den Fall, daß der Verpfänder das Eigenthum erworben.

Es hatte

1) der Gläubiger, welcher nicht gewußt, daß die Sache einem Andern gehöre, die pigneratitia contraria wider den Verpfänder auf Verschaffung des verheißenen Pfandrechts. Der Schuldner genügt seiner Verbindlichkeit nicht durch jetzige Einräumung eines solchen an dem nämlichen Objecte, weil das zu-

[1]) L. 9. §. 4. de pignerat. act. 13. 7.

gesicherte Alter fehlen würde. Er hatte ein Pfandrecht mit dem Datum des Contracts versprochen. Auch dieses hat er, wenigstens so viel an ihm ist, wahr zu machen. Was aber kann er hiefür thun? Er ist jetzt Eigenthümer. Wir fragen also, steht dem Eigner, dessen Sache vom non dominus verpfändet worden, ein Mittel zu Gebote, wodurch er zu bewirken vermag, daß das pignus als gleich Anfangs vom dominus constituirt angesehen werde? Allerdings, insoweit dadurch nicht bereits fest begründete Rechte verletzt werden sollen. Das Mittel ist die Ratihabition, welche auf die Contracts-Zeit zurückbezogen wird[1]). Demnach wird der Gläubiger den jetzigen dominus zwingen, das gut zu heißen, was er als non dominus vorgenommen, und hiedurch das zugesicherte Recht und die hypothecarische Klage erlangen. Daß aber zu solchem Zwecke nicht erst eine eigene Klage auf Genehmigung zugelassen, sondern ohne Weiteres diese als erfolgt angenommen, und dem Creditor die hypothecaria actio nun als utilis gegeben wird[2]), hat durchaus nichts Auffallendes.

Die Klage geht als in rem actio gegen jeden Besitzer der verpfändeten Sache mit Ausnahme des prior creditor und dessen Käufers. Es ist jedoch

a) derjenige, welcher aus einem mit dem Schuldner nach dem Erwerbe der Sache geschlossenen Vertrage sein Recht herleitet, posterior creditor. Wenn es hiefür noch eines besonderen Beweises bedürfte, so würde dieser aus einer Vergleichung der L. 3. §. 1. qui potiores in pign.[3]) mit L. 1. pr.

[1]) L. 20. de pignerat. act. 13. 7. L. 16. §. 1. de pignorib. 20. 1. Si nesciente domino res ejus hypothecae data sit, deinde postea dominus ratum habuerit, dicendum est, hoc ipsum, quod ratum habuit, voluisse eum retro recurrere (ratihabitionem) ad illud tempus, quo convenit. L. 7. C. ad S. C. Maced. 4. 28.

[2]) L. 41. de pignor. act. 13. 7. L. 5. C. si aliena res pign. 8. 16. L. 1. pr. de pignorib. 20. 1.

[3]) Cum ex causa mandati praedium Titio, cui negotium fuerat gestum, deberetur, priusquam ei possessio traderetur, id pignori dedit: post

de pign. et hypoth.[1]) hervorgehen, indem die erste Stelle den Satz bei der Verpfändung einer res debita gradezu ausspricht, und nach der zweiten das von solchem Falle debitori dominio acquisito Geltende bei der Verpfändung einer jeden fremden Sache, wenn nur der Gläubiger den Fehler nicht kannte, zutrifft.

b) Das Zurückziehen der Ratihabition auf die Zeit des Contracts-Abschlusses hat zwar auf feste Rechte Dritter keinen Einfluß, die vom frühern Eigenthümer inzwischen auf die Sache gelegten Pfandrechte bleiben daher die besseren. Aber die vom Schuldner in der Zwischenzeit bestellten sind schwächer. Dies folgt aus den Wirkungen der anzunehmenden Ratihabition, und daraus, daß der spätere Gläubiger, welcher nur durch Zurückziehen des eingetretenen Eigenthums-Erwerbes auf die Zeit des Contracts diesen befestigt, nicht umhin kann, ein gleiches Verfahren rücksichtlich der übrigen Creditoren, die sich mit ihm in derselben Lage befinden, anzuerkennen. Ohnehin gewährt die Convalescenz niemals einen Vortheil, der dem Berechtigten bei sofortiger Gültigkeit des Geschäfts nicht zu Theil geworden wäre, verleiht also den aus der Zwischenzeit herrührenden Rechten keine größere Kraft, als ihnen inwohnen würde, hätte der Debitor schon zur Zeit des Contracts mit ihren Inhabern das Eigenthum gehabt. Ihnen würde aber in diesem Falle die vom Debitor vorher constituirte Hypothek (cf. lit. a.) unbestritten vorgegangen sein.

Zudem fehlt es nicht an directen Belegen dafür, daß die vom non dominus errichteten Hypotheken, dominio postea acquisito, unter einander nach dem Alter der Pfandcontracte rangiren[2]).

---

traditam possessionem idem praedium alii denuo pignori dedit: prioris causam esse potiorem apparuit.

[1]) Verb. — in speciem alienae rei collata conventione, *si non fuit ei, qui pignus dabat, debita*, postea debitori dominio quaesito, difficilius creditori, *qui non ignoravit alienum*, utilis actio dabitur.

[2]) Ueber den Satz selbst ist man ziemlich einverstanden, wiewohl aus verschiedenen Gründen, s. z. B. Sintenis Handb. d. gem. Pfandr. S. 395. v. Vangerow Leitfaden f. Pandekten-Vorlesungen Bd. 1.

In Ansehung der mehreren Gläubiger eines bonae fidei possessor beziehe ich mich auf die im vorigen §. S. 82. Not. 2. allegirten Stellen, nach welchen die Priorität unter ihnen schon vor dem Eigenthums-Erwerbe feststand, und im Uebrigen scheint mir L. 9. §. 3. qui potiores in pign. 20. 4. (cf. lit. c.) den Satz so bestimmt auszusprechen, daß jeder Zweifel verschwinden muß. African setzt nämlich, daß Titia ein fremdes Grundstück zweien Personen nach einander verpfändet, den älteren Gläubiger aber, nachdem sie das Eigenthum erworben und wieder verloren, bezahlt habe, und geht dann auf die Frage über, ob, da *prior dimissus*, sequentis confirmatur pignus. Die Bezeichnung der beiden Gläubiger durch »prior« und »sequens« lediglich aus dem Alter und nicht aus dem rechtlichen Vorzuge zu erklären, paßt nicht zu der bekannten Bedeutung der Regel, welche hier erwogen wird. In ihr ist prior creditor der bevorzugte, sequens der nachstehende.

c) Das Recht ist ein dingliches, jede weitere Veränderung in der Person des Eigenthümers also ohne Einfluß auf den Fortbestand [1]).

Der Name der Klage und vorzüglich das Nachstehen der späteren hypothecarischen Gläubiger des Schuldners (cf. lit. a.) [2])

S. 759. f. lit. c. und Meyer im Arch. f. d. civil. Prax. Bd. 9. S. 255—258.

[1]) Manche nehmen das Gegentheil an, z. B. Meyer a. a. O. S. 253. Mühlenbruch Lehrb. d. Pand. R. Th. 2. §. 308. lit. b. Sintenis a. a. O. S. 87. ff. ohne jedoch, wenn der Eigner Erbe des Verpfänders geworden und dann die Sache veräußert, ein Gleiches zu behaupten. Warum aber soll der Creditor in dem einen Falle schlechter, als in dem andern, stehen?

[2]) Man prüfe folgendes Beispiel. A. verpfändet dem B. einen fremden fundus, ertheilt später dem C. eine Generalhypothek, erwirbt darauf den fundus und verpfändet ihn nun an D. Dieser und C. haben anerkannt schlechtere Rechte, als B.; verkauft daher B. nunmehr den fundus auf gehörige Weise, so gehen ihre Hypotheken zu Grunde, wogegen ein von A. vorgenommener Verkauf solches nicht bewirkt. Dennoch soll das Recht des potior creditor hiedurch erlöschen. Das wäre eine starke Anomalie. Und wie, wenn D. verkaufte? Am

bürgen hiefür, der §. fin. de exc. rei vend. et trad. 21. 3. enthält in der Bestimmung, daß diese exceptio den Singular-Successoren des Verkäufers schade, eine richtige Analogie, und L. 9. §. 3. cit., welche dagegen angeführt wird, drückt meines Ermessens den Satz ganz deutlich aus. Das Fragment lautet:

> Titia praedium alienum Titio pignori dedit, post Maevio: deinde domina ejus pignoris facta, marito suo in dotem aestimatum dedit. Si Titio soluta sit pecunia, non ideo magis Maevii pignus convalescere placebat; tunc enim priore dimisso sequentis confirmatur pignus, cum res in bonis debitoris inveniatur; in proposito autem maritus emtoris loco est, atque ideo, quia neque tunc, cum Maevio obligaretur, neque cum Titio solveretur, in bonis mulieris fuerit, nullum tempus inveniri, quo pignus Maevii convalescere possit: haec tamen ita, si bona fide in dotem aestimatum praedium maritus accepit, id est, si ignoravit, Maevio obligatum esse.

Will man auch kein Gewicht darauf legen, daß dem Titius erst, nachdem Titia ihrem Ehemanne das Grundstück ästimirt in dotem gegeben, gezahlt worden, und somit übersehen, daß die Wirksamkeit des Pfandrechts des Titius, ungeachtet das Eigenthum auf den Ehemann der Schuldnerin bereits übergegangen war, vorausgesetzt ward, so leuchtet doch unbestreitbar aus der Stelle hervor, daß dem Maevius das Recht zur Pfandverfolgung nicht abgesprochen sein würde, wäre sein pignus convalescirt. Um den Punct der Convalescenz dreht sich die ganze Untersuchung, und deren Aufgabe ist, hat Maevius gegen den maritus der Titia die hypothecarische Klage? So gewiß sie ihm bei nicht eingetretner Convalescenz versagt werden mußte, so gewiß würde entgegengesetzten Falls die Entscheidung zu seinen Gunsten ausgefallen sein. Unsre Frage ist die näm-

---

Ende läuft übrigens die ganze Theorie auf eine Nöthigung des B., ein, nie zu versagendes, Inhibitorium gegen die Veräußerung zu erwirken, hinaus.

liche, denn auch wir wollen ausmitteln, ob dem Gläubiger, welcher mit dem non dominus contrahirt hatte, nachdem dieser das demnächst erworbene Eigenthum wieder veräußert, gegen den neuen Eigenthümer die Pfandklage zustehe. Wir müssen hiebei also eben so, wie African, verfahren, und, gleich ihm, die Antwort lediglich davon abhängig machen, ob das vom non dominus eingeräumte pignus zu irgend einer Zeit gültig geworden sei. Wissen wir nun, daß die an einer fremden Sache bestellte Hypothek in dem Augenblicke, wo der Schuldner das Eigenthum erwirbt, ohne Weiteres convalescirt, so lehrt L. 9. §. 3. cit., daß sie gegen den Singular-Successor des Schuldners wirksam bleibt. Nirgends leugnet der Jurist jene Convalescenz, und hätte er dieses gewollt, warum dann das einfache Thema durch Annahme eines zweiten Gläubigers verwickeln und von diesem Gesichtspunkte aus behandeln? Schwerlich wird Jemand bestreiten mögen, daß African anders entschieden haben würde, wenn Titius, bevor Titia das praedium weiter veräußert, bezahlt wäre — folgt denn daraus nicht unwiderleglich die Wahrheit unseres Satzes? Und gilt denn nicht überhaupt ein einmal convalescirtes Geschäft so, als wäre es gleich Anfangs gültig gewesen? Ich erinnere an L. 15. C. de pign. 8. 14.: debitorem neque vendentem, neque donantem, neque legantem, posse deteriorem facere creditoris conditionem, certissimum est.

Für den Zweck dieser Beiträge genügt das gewonnene Resultat. Im Uebrigen muß, wie dieß schon sonst geschehen [1]), zur Erläuterung der Stelle das ältere Recht zu Hülfe gerufen werden. African geht nämlich davon aus, daß das secundo loco verliehene Pfandrecht überhaupt schon zu der Wirkung, um gegen Andre, als den ersten Gläubiger, verfolgbar zu sein,

---

[1]) Müller im Arch. f. d. civil. Prax. Bd. 11. S. 388. f. 408. f. u. v. Löhr ebendas. Bd. 14. S. 168. f.

der Confirmation durch Dimission desselben bedürfe, und knüpft an diese, durch neueres Recht entschieden verworfene [1]), Voraussetzung die weitere Bemerkung, daß jene Dimission zwar, wenn das zweite Pfandrecht vom Eigenthümer bestellt worden, allemal und unbeschränkt, sonst aber nur dann solche Convalescenz bewirke, wenn die verpfändete Sache in irgend einem Momente nach der Abfindung des ersten Gläubigers zum Vermögen des Schuldners oder eines Dritten, welcher, bekannt mit dem zweiten Contracte [2]), die Sache vom Debitor erworben habe, gehörig gewesen sei [3]). Da nun, wie gesagt, African's Prämisse dem neuern Rechte völlig fremd, und die Dimission des ersten Gläubigers nicht mehr nöthig ist, damit »secundus creditor ab omni possessore hypothecam auferre poterit, praeter priorem creditorem et qui ab eo emit« [4]), so läßt sich von African's weiterer Ausführung gleichfalls kein Gebrauch mehr machen, vielmehr convalescirt jetzt das vom non dominus ge-

---

[1]) L. 12. pr. et §. 7. qui potiores in pign. 20. 4.

[2]) In African's Falle war die Erwerbung titulo oneroso geschehen. Hätte der Dritte die Sache vom Schuldner titulo lucrativo acquirirt, so würde der Jurist wohl auf die mala fides des Erwerbers kein Gewicht gelegt haben.

[3]) Der Grund hiefür scheint mir folgender gewesen zu sein. War der Debitor tempore contractus nicht Eigenthümer, so hatte das Geschäft zwei Fehler, und beide mußten geheilt sein, bevor es gültig werden konnte. Mit dem Eigenthums-Erwerb Seitens des Verpfänders war freilich der eine derselben gehoben; es blieb aber noch der andere zurück, und dieser verhinderte derzeit die Convalescenz. Nach Befriedigung des ersten Gläubigers ward beim Verpfänder wiederum das Eigenthum vermißt; mithin gab es keinen Augenblick, in welchem nicht einer der anfänglichen Gründe der Ungültigkeit sichtbar war.

[4]) Daher darf Papinian's Ausspruch in L. 12. §. 9. cit. «Et omnino secundus creditor nihil aliud juris habet, nisi ut solvat et loco ejus succedat« nicht allgemein genommen, sondern nur von dem Verhältnisse zum prior creditor verstanden werden. A. M. v. Löhr a. a. O. S. 170.

gebene zweite pignus in dem Augenblicke, wo der Schuldner dominus geworden ist, für immer zu der Wirkung, welche das vom Eigenthümer constituirte zweite pignus gegenwärtig hat [1]).

2) Der Gläubiger hatte gewußt, daß die Sache fremdes Eigenthum sei.

Wir haben gesehen, daß ihm die Contracts-Klage nicht gebührt; kann er also unter keinen Umständen verlangen, besser gestellt zu werden, wie hätte man darauf kommen sollen, ihm nach Erwerbung des Eigenthums Seitens des Verpfänders die utilis hypothecaria einzuräumen [2])! Aber Letzterer konnte, so lange er nur mit der pigneratitia klagend auftrat, wider den besitzenden Pfandnehmer nicht obsiegen; jetzt steht ihm die Vindication zu Gebote, was kann derselben entgegengesetzt werden? Wer seine eigene Handlung verleugnet, verfährt dolose, und wenn auch replicirt wird, Beklagter habe ja das Verhältniß gekannt, sei also, wenn er für sich den ungültigen Contract anziehe, selbst in dolo, so wird doch der Richter bei dem dolus beider Theile sich nicht veranlaßt finden, in den factischen Zustand einzugreifen,

---

[1]) Dennoch leitet v. Vangerow a. a. O. S. 760. aus diesem Fragmente für das geltende Recht einen besondern Satz her. — Woraus übrigens Sintenis a. a. O. S. 90. entnommen hat, «daß Titius mit Maevius Gelde befriedigt worden, also dieses wenigstens zur Bezahlung einer Schuld verwendet, mithin eine Nutzverwendung geschehen sei,» vermag ich nicht zu ergründen. Die Stelle sagt nicht einmal, daß dem Maevius das praedium wegen einer Anleihe zum Pfande gegeben worden, und wollte man sich auch hierüber wegsetzen, so ist doch Titia erst späterhin Eigenthümerin geworden, hat darauf das Grundstück ihrem Ehemanne überlassen, und nun erst wird Titius bezahlt. Soll denn supponirt werden, daß Titia das von Maevius empfangene Geld so lange bei sich aufbewahrt habe? Willkührliche Constructionen gegebener Fälle häufen die Schwierigkeiten und führen zu Sinn-Entstellungen.

[2]) L. 1. pr. de pignorib. et hypoth. 20. 1.

der Confirmation durch Dimission desselben bedürfe, und knüpft an diese, durch neueres Recht entschieden verworfene [1]), Voraussetzung die weitere Bemerkung, daß jene Dimission zwar, wenn das zweite Pfandrecht vom Eigenthümer bestellt worden, allemal und unbeschränkt, sonst aber nur dann solche Convaleſcenz bewirke, wenn die verpfändete Sache in irgend einem Momente nach der Abfindung des ersten Gläubigers zum Vermögen des Schuldners oder eines Dritten, welcher, bekannt mit dem zweiten Contracte [2]), die Sache vom Debitor erworben habe, gehörig gewesen sei [3]). Da nun, wie gesagt, African's Prämisse dem neuern Rechte völlig fremd, und die Dimission des ersten Gläubigers nicht mehr nöthig ist, damit »secundus creditor ab omni possessore hypothecam auferre poterit, praeter priorem creditorem et qui ab eo emit« [4]), so läßt sich von African's weiterer Ausführung gleichfalls kein Gebrauch mehr machen, vielmehr convaleſcirt jetzt das vom non dominus ge-

---

[1]) L. 12. pr. et §. 7. qui potiores in pign. 20. 4.

[2]) In African's Falle war die Erwerbung titulo oneroso geschehen. Hätte der Dritte die Sache vom Schuldner titulo lucrativo acquirirt, so würde der Jurist wohl auf die mala fides des Erwerbers kein Gewicht gelegt haben.

[3]) Der Grund hiefür scheint mir folgender gewesen zu sein. War der Debitor tempore contractus nicht Eigenthümer, so hatte das Geschäft zwei Fehler, und beide mußten geheilt sein, bevor es gültig werden konnte. Mit dem Eigenthums-Erwerb Seitens des Verpfänders war freilich der eine derselben gehoben; es blieb aber noch der andere zurück, und dieser verhinderte derzeit die Convaleſcenz. Nach Befriedigung des ersten Gläubigers ward beim Verpfänder wiederum das Eigenthum vermißt; mithin gab es keinen Augenblick, in welchem nicht einer der anfänglichen Gründe der Ungültigkeit sichtbar war.

[4]) Daher darf Papinian's Ausspruch in L. 12. §. 9. cit. «Et omnino secundus creditor nihil aliud juris habet, nisi ut solvat et loco ejus succedat« nicht allgemein genommen, sondern nur von dem Verhältnisse zum prior creditor verstanden werden. A. M. v. Löhr a. a. O. S. 170.

gebene zweite pignus in dem Augenblicke, wo der Schuldner dominus geworden ist, für immer zu der Wirkung, welche das vom Eigenthümer constituirte zweite pignus gegenwärtig hat [1]).

2) Der Gläubiger hatte gewußt, daß die Sache fremdes Eigenthum sei.

Wir haben gesehen, daß ihm die Contracts-Klage nicht gebührt; kann er also unter keinen Umständen verlangen, besser gestellt zu werden, wie hätte man darauf kommen sollen, ihm nach Erwerbung des Eigenthums Seitens des Verpfänders die utilis hypothecaria einzuräumen [2])! Aber Letzterer konnte, so lange er nur mit der pigneratitia klagend auftrat, wider den besitzenden Pfandnehmer nicht obsiegen; jetzt steht ihm die Vindication zu Gebote, was kann derselben entgegengesetzt werden? Wer seine eigene Handlung verleugnet, verfährt dolose, und wenn auch replicirt wird, Beklagter habe ja das Verhältniß gekannt, sei also, wenn er für sich den ungültigen Contract anziehe, selbst in dolo, so wird doch der Richter bei dem dolus beider Theile sich nicht veranlaßt finden, in den factischen Zustand einzugreifen,

---

[1]) Dennoch leitet v. Vangerow a. a. O. S. 760. aus diesem Fragmente für das geltende Recht einen besondern Satz her. — Woraus übrigens Sintenis a. a. O. S. 90. entnommen hat, «daß Titius mit Maevius Gelde befriedigt worden, also dieses wenigstens zur Bezahlung einer Schuld verwendet, mithin eine Nutzverwendung geschehen sei,» vermag ich nicht zu ergründen. Die Stelle sagt nicht einmal, daß dem Maevius das praedium wegen einer Anleihe zum Pfande gegeben worden, und wollte man sich auch hierüber wegsetzen, so ist doch Titia erst späterhin Eigenthümerin geworden, hat darauf das Grundstück ihrem Ehemanne überlassen, und nun erst wird Titius bezahlt. Soll denn supponirt werden, daß Titia das von Maevius empfangene Geld so lange bei sich aufbewahrt habe? Willkührliche Constructionen gegebener Fälle häufen die Schwierigkeiten und führen zu Sinn-Entstellungen.

[2]) L. 1. pr. de pignorib. et hypoth. 20. 1.

und dem Einen oder Andern zu helfen [1]). Die Klage muß also zur Zeit zurückgewiesen werden [2]), und dieß ist, was L. 1. pr. in f. de pignorib. et hyp. in Bezug auf unsern Fall durch »facilior erit possidenti retentio« ausdrückt.

Nur derjenige, welcher eine res debita zum Pfande nahm, gewinnt umfänglichere Rechte, L. 1. pr. cit. nimmt von dem Satze, daß der Creditor, welchem nicht unbekannt gewesen, daß die Sache eine fremde sei, postea debitori dominio quaesito, auf die utilis hypothecaria keinen Anspruch habe, den Fall, »si res fuit ei, qui pignus dabat, debita« ausdrücklich aus, und in L. 3. §. 1. qui potior. in pign. 20. 4. lesen wir hievon eine Anwendung. Ein Gläubiger dieser Art steht also mit dem, welcher bona fide den Contract geschlossen, auf gleicher Linie [3]), so daß selbst die vom Schuldner der Sache auf dieselbe später, jedoch vor Uebertragung des Eigenthums, gelegten Pfandrechte den Vorzug behalten [4]). Die Ausnahme ist leicht gerechtfertigt. Der Creditor durfte bei der in der Verpfändung liegenden Disposition über die Sache voraussetzen, daß der Verpfänder von

---

[1]) L. 154. pr. de R. J.

[2]) L. 7. §. 2. de S. C. Macedoniano 14. 6. Si filiusfamilias patre suo relegato vel longo tempore absente dotem pro filia promiserit et rem patris pignori dederit, Senatusconsultum cessabit: *patris tamen res non tenebitur. Plane, si patri heres extiterit filius et pignus persequatur, exceptione doli summovebitur.*

[3]) Hiefür ist auch Sintenis a. a. O. S. 86. f. S. 138. S. 385. u. 396, freilich aus andern Gründen, wogegen v. Vangerow a. a. O. S. 759. lit. b. den Gläubiger, welcher eine res debita zum Pfande nahm, allgemein schlechter stellt, als den, welcher eine res aliena und non debita zum Pfande erhielt. Es muß doch mindestens dann, wenn er mit dem Sachverhältnisse unbekannt war, von jenem dasselbe gelten, was von diesem. Aber die Gesetze behandeln ihn mit dem, der in bona fide war, gleich. Auch ist mit ihm weder bedingt contrahirt, noch läßt sich in Berücksichtigung der Rechte des Schuldners der Sache sagen, es hänge lediglich vom Verpfänder ab, ob er dieselbe annehmen wolle.

[4]) L. 35. §. 1. de donationib. 39. 5.

dem Rechte, sie zu erwerben, Gebrauch zu machen beabsichtige, und hat somit nicht den Einwand zu fürchten, er habe sich mit dem zufrieden gegeben, was er nach den ihm bekannt gewesenen Verhältnissen zur Zeit des Contracts-Abschlusses habe erlangen können.

Der Gläubiger eines bonae fidei possessor hat ohne Rücksicht darauf, ob er gewußt, daß dem Schuldner das Eigenthum fehle, die Serviana, also schon die Klage des Gläubigers, welcher sein Recht vom dominus ableitet; daß sie jetzt, wo sein Auctor Eigenthümer ist, nicht mehr auf die Publiciana actio desselben bezogen zu werden braucht, macht sich ohne besondere Hülfe von selbst. Wenn übrigens Julian nach L. 4. §. 32. de doli mali exc. 44. 4. die gegen den Auctor erhobene Publiciana in rem ungeachtet der opponirten exceptio »si fundus non suus esset,« vermöge der replicatio doli durchsetzt, und hieraus folgert, daß derjenige, welcher von jenem Auctor und zwar zu einer Zeit, wo derselbe schon dominus gewesen, das betreffende Grundstück ex causa onerosa tradirt erhalten habe, schlechtere Rechte besitze, als der erste Käufer; wenn ferner Julian in L. 21. §. 1. de pignorib. et hypoth. den mit der Serviana actio wider seinen Auctor auftretenden Gläubiger eines *bonae fidei possessor* wiederum gegen dessen Einrede die doli replicatio giebt: so läßt sich hieraus vollkommen der Satz construiren, daß in einem Streite mit diesem Creditor Alle, welche von dessen Auctor und aus einer Zeit, wo derselbe schon das Eigenthum erworben gehabt, ihre Rechte herleiten, unterliegen.

§. 4.

Im vorigen Paragraphen hatten wir den Fall des Uebergangs des Eigenthums auf den Verpfänder vor Augen. Setzen wir jetzt: der Eigenthümer ist Erbe des Verpfänders geworden.

Daß dieser Umstand die Lage des Gläubigers verschlechtern könne oder irgendwie mehr, als der Fall des §. 3., zu ver-

bessern fähig sei, wird Niemand glauben. Aber, sind beide Ereignisse juristisch für gleich zu achten und haben sie die nämlichen Folgen?

Wir unterschieden, ob der Gläubiger das Pfand bona fide angenommen oder nicht, und beschränkten sein Recht im letzten Falle auf die Retentions-Befugniß. Diese muß ihm gegen den Erben des Verpfänders ebensowohl zustehen und in eben der Art, wie dem Verpfänder gegenüber, durchzusetzen sein. So hilft L. 14. de rei vindic. 3. 32. demjenigen, der wissentlich von der Mutter des Eigenthümers gekauft, wider die Vindication des Sohnes, wenn derselbe die Mutter beerbt hat, mit der doli mali exceptio. Der Erbe steht, so weit er den Erblasser repräsentirt, Letzterem gleich und muß nach diesem Maßstabe dessen Handlungen gegen sich gelten lassen. Die exceptio wird daher so lange wider ihn wirksam bleiben, als er nicht den Theil der Schuld, zu welchem er Erbe geworden [1]), bezahlt hat. Da er mit solcher Zahlung der auf ihn gekommenen Verbindlichkeit vollständig genügt, so kann seine Erben-Qualität auf das Rechtsverhältniß keinen weitern Einfluß ausüben und sie muß nun ganz bei Seite gestellt werden, so daß er jetzt, wie vor der Beerbung, als plane tertius erscheint.

War dagegen der Gläubiger in bona fide, so giebt Modestin ihm in der bekannten L. 22. de pignorib. et hyp. bei Beerbung des Schuldners durch den Eigenthümer die utilis pigneratitia [2]), während sie ihm von Paulus in L. 41. de pignerat.

---

[1]) Argum. L. 14. C. cit. verb: Quodsi venditricis obtinet hereditatem, doli mali exceptione, *pro qua portione ad eum hereditas pertinet*, uti non prohiberis. cf. Ribbentrop zur Lehre von den Correal-Obligationen S. 220. Not. 32.

[2]) Auch L. 26. §. 1. de pignor. et hyp. führt hierauf hin, indem gefragt wird, ob Sejus sich gegen die hypothecarische Klage des Septitius darauf berufen könne, daß er nicht Erbe seines Vaters geworden. Quaerebatur, an Sejus — — hanc domum jure optimo possidere possit, *cum patris se hereditate abstinuerit.* Es scheint

act. 13. 7. unbedingt versagt wird. Alle Versuche, beide Stellen zu vereinigen, sind fehlgeschlagen [1]). Welcher Ausspruch verdient den Vorzug?

Paulus stützt den seinigen darauf, daß der Grund, weßhalb in dem Falle des vorigen Paragraphen die utilis pigneratitia gewährt werde, hier fehle. Der Verpfänder selbst würde sich nämlich, da er die Sache dem Pfandnehmer gegenüber einmal als eine eigene behandelt habe, solcher Gewährung improbe widersetzen, von dem den Verpfänder beerbenden dominus lasse sich ein Gleiches nicht sagen. Also, der dolus, dessen sich der Pfandgeber schuldig machen würde, soll die Unbeachtlichkeit seines Widerspruches gegen die Einräumung der utilis actio begründen. Nun ist aber bekannt, daß die exceptio rei venditae et traditae den Eigner, welcher den Verkäufer beerbt hat, eben so sicher trifft, als den Letzteren, wenn er hinterdrein das Eigenthum erworben [2]), und selbst Paulus beseitigt die Vindication des Erben, dessen Sache vom Erblasser veräußert worden, durch die exceptio doli mali [3]) nicht weniger bestimmt, als mit Anderen die Vindication des Verkäufers selbst [4]). Bei voller Veräußerung werden demnach der Erbe, welcher Eigenthümer der vom Erblasser weggebenen Sache ist, und der

---

also vorausgesetzt zu sein, daß Sejus, dessen domus vom Vater verpfändet worden, hätte er diesen beerbt, der hypothecarischen Klage des Septitius weichen müsse, und somit zeigt die Stelle, welche gleichfalls von Modestin herrührt, auch, daß er in L. 22. cit. unter der pigneratitia die hypothecaria verstanden habe.

[1]) Man vergl. hierüber Sintenis a. a. O. S. 91. ff. Die Unhaltbarkeit der von diesem gegebenen Interpretation ist bereits von Büchel in Richter's kritischen Jahrbüchern Jahrg. 1. Bd. 1. S. 105. gezeigt, s. auch v. Bangerow a. a. O. 760. f. lit. d. Der Vereinigungs-Versuch von Müller in der commentatio ad Lgg. cit. beruht auf ganz willkührlichen Suppositionen.

[2]) L. 1. §. 1. de exc. rei vend. et trad. 21. 3.

[3]) L. 73. de evictionib. 21. 2.

[4]) L. 17. et 18. de eviction. L. 4. §. 32. de doli mali exc. 44. 4. L. 3. C. de reb. alien. non alienand. 4. 51.

erst späterhin dominus gewordene Veräußerer dem Empfänger gegenüber ganz gleich beurtheilt, warum man bei Verpfändung einer res aliena zwischen beiden Fällen unterscheiden müsse, und dem Erben des Verpfänders, welcher den Contract des Erblassers nicht halten will, dolus nicht vorwerfen könne, da man doch, wenn Letzterer sogar über das Eigenthum disponirt hatte, den vindicirenden Erben mit der exceptio doli mali zurückweist, vermag ich nicht einzusehen. Die Bedeutungslosigkeit des von Paulus angeführten Grundes seiner Entscheidung muß gegen diese selbst mißtrauisch machen.

Werfen wir einen Blick auf den im §. 3. entwickelten Gang der Dinge. Die utilis hypothecaria ward dort hergeleitet aus der dem Gläubiger zuständigen Contractsklage und der dadurch zu erzwingenden Genehmigung des Vertrags. Unstreitig geht die pigneratitia contraria gegen den Erben, so weit er den Erblasser repräsentirt, ganz so, wie gegen diesen, und jener ist verpflichtet, das Geschäft, aus dem sein Erblasser verbindlich geworden, so anzuerkennen, als hätte er selbst es auf die Größe seines Erbtheils abgeschlossen. Der Gläubiger würde also vom Erben die Ratihabition des accessorischen Vertrags für die auf ihn gekommene Schuld erzwingen können, warum sollte man ihn erst diesen Weg durchmachen lassen, und irgend anstehen, ihm wiederum ohne Weiteres das, was Folge ausdrücklicher Genehmigung sein würde, die hypothecaria actio, mit der Kraft, die der ratihabirende dominus ihr zu verleihen im Stande ist, utiliter zu geben? Es fehlt gänzlich an Gründen einer abweichenden Beurtheilung; selbst dolus ist, wenn hierauf noch etwas ankäme, — wie schon gezeigt — in beiden Fällen vorhanden, und der dolus ex re steht mit dem ex proposito juristisch gleich [1]). Wir müssen demnach Modestin's Ansicht beipflichten [2]), und

[1]) L. 36. in f. de V. O. 45. 1. L. 7. §. 11. de pactis. 2. 14.

[2]) Wie dieß auch die Meisten thun, Mühlenbruch a. a. O. §. 308. Not. 11. v. Vangerow a. a. O. Beide lassen auch das Pfandrecht von Zeit der Bestellung anheben.

dessen Ausspruch, daß durch die Beerbung das pignus nicht direct convalescire, daraus erklären, daß zu einer directen Convalescenz ausdrückliche Genehmigung der vom Erblasser geschehenen Verpfändung gehört, die Ratihabition hier aber nur fingirt wird. So unterstützt Modestin unseren obigen Ideen-Gang.

§. 5.

Ich gehe über zu der Verpfändung einer fremden Sache sub conditione, si debitoris facta fuerit, und zu der des ganzen Vermögens.

Beide Geschäfte ergreifen künftigen Erwerb. Der Gegenstand des zweiten ist Alles, was sich im Vermögen des Verpfänders befindet und dazu kommen wird, bezieht sich jedoch keineswegs auf die bona des Erben [1]). Die conditio des ersten kann auch bei dem Erben eintreten, da dieser auf seinen Erbschaftstheil Debitor wird, nur daß dann das Pfand nicht weiter, als der Erbe Debitor ist, haftet.

Beide Geschäfte sind als wirksame Verpfändungen anerkannt [2]), beide demnach geeignet, ohne weitere Hülfe das dingliche Recht hervorzubringen; bei der vom Schuldner ausdrücklich abgegebenen Erklärung bedarf es keiner Supplirung der Ratihabition und somit keiner *utilis* hypothecaria actio. Hierüber herrscht eben so wenig, als über die durch diese Contracte erzeugten persönlichen Verhältnisse, oder über den Vorzug dieser Gläubiger vor denen, die erst nach dem Erwerb contrahirt haben, irgend eine Uneinigkeit.

Die einzige Streitfrage betrifft die Priorität der Pfandrechte in denjenigen vom Verpfänder nach dem Contracte erworbenen Gegenständen, auf welche der non dominus Mehrere durch verschiedene Pfandcontracte generell oder speciell angewiesen hatte. Daß die hierauf vom Eigenthümer selbst gelegten

[1]) L. 29. pr. de pignorib. 20. 1.

[2]) L. 1. pr. L. 16. §. 7. eodem.

Hypotheken unbedingt vorgehen, ist ein unangefochtener Satz, und mit der einfachen Verpfändung einer res aliena haben wir uns bereits beschäftigt.

Die jetzige Aufgabe ist also dahin zu beschränken: wird das Alter mehrerer General- oder unter der Clausel, si res debitoris facta fuerit, constituirten Special-Pfandrechte, Zwecks Bestimmung der Priorität untereinander in der vom Verpfänder nach dem Contract erworbenen Sache, aus der Zeit der Bestellung oder aus der des Erwerbs der Sache ermessen?

Daß nicht in dem einen Falle ein anderes Resultat, als in dem andern, gewonnen werden darf, sehen wir aus dem Beispiele der L. 7. §. 1. qui potiores in pign. 20. 4., man mag dasselbe von einer gleichzeitigen oder einer successiven Verpfändung verstehen. Sind wir demnach in einem jener beiden Fälle zu einem sichern Resultate gelangt, so haben wir zugleich die Entscheidung für den andern. In Ansehung der General-Pfandrechte aber zwischen Sachen, die zur Zeit des Contracts noch gar nicht, oder doch nicht selbstständig vorhanden waren, und solchen, welche sich damals im Vermögen eines Anderen befanden, zu unterscheiden, dazu bieten die Gesetze keine Veranlassung.

§. 6.

Die Meinung, daß die Zeit der Erwerbung der Sache für das Alter der Pfandrechte normire, stammt von den Glossatorrn her und hat, namentlich in jüngster Zeit, unter den Rechtslehrern bedeutende Vertheidiger gefunden [1]). Die dagegen gerichtete neueste Abhandlung [2]) verdient gewiß volle Beachtung.

---

[1]) z. B. Glück ausführl. Erläut. der Pand. Th. 19. S. 282. ff. Rabhirt Abhandlungen Bd. 1. S. 18. ff. Hepp ebendas. S. 326. ff. u. im Arch f. d. civil. Prax. Bd. 10. S. 295. ff. Sintenis a. a. O. S. 386. ff. v. Vangerow a. a. O. S. 750. ff. u. a. m.

[2]) v. Warnkönig im Arch. f. d. civil. Prax. Bd. 21. S. 178. ff. mit welchem, außer den von ihm angeführten Lehrbüchern, zu ver-

Die Namen der Diſſentienten und die Wichtigkeit des Streitpunctes erheiſchen aber eine Erwägung deſſelben nach allen Seiten hin, und ſo ſcheint mir eine Entwickelung, die auf die vorhin erprobten Reſultate fortbauet und mit dem Ergebniſſe die betreffenden Geſetze vergleicht, nicht überflüßig zu ſein.

Hören wir indeß vorher die Gegner. Sie berufen ſich

1) auf L. 7. §. 1. qui potiores in pign. [1]). Man ſtreitet zunächſt darüber, ob hier der Pfandnehmer der künftigen Güter als der ältere Contrahent, oder ob an gleichzeitige Verträge gedacht worden. Ich gebe der zweiten Alternative, welche damit, daß die nummi, mit welchen der Schuldner den fundus gekauft hatte, von der generellen Hypothek ergriffen geweſen, offenbar nicht im Widerſpruch ſteht, unbedingt den Vorzug, nicht bloß, weil das gegenſeitige Alter nicht bemerkt iſt, ſondern vorzüglich wegen des Zuſammenhangs mit dem Vorausgehenden. Es wird nämlich von L. 5. herab bis zu unſerm Fragmente hin davon gehandelt, daß bisweilen der ſpätere Contrahent dem frühern vorgehe (interdum posterior potior est priori) und noch das pr. der L. 7. enthält ein dahin gehöriges Beiſpiel. So iſt auch im §. 1. dieſer Geſichtspunct der vorherrſchende und Ulpian's Aufgabe, zu ermitteln, ob der vorgetragene Fall ſich zu einer Ausnahme von dem privilegium temporis eigne. Wenn nun die Unterſuchung im ausſchließlichen Intereſſe des General-Pfandgläubigers geſchieht, ſo kann er, da der Fall zum Thema paſſen muß, nicht der

---

gleichen ſind H. Donelli tract. de pignorib. atque hypoth. Cap. XII. §. 7. Ramm de concursu hyp. gener. prior. et poster. §. IX. Unterholzner juriſtiſche Abhandl. II. S. 70—76. Fritz Erläut. zu v. Wening-Ingenheim Lehrb. S. 417.

[1]) Si tibi, quae habiturus sum, obligaverim et Titio specialiter fundum, si in dominium meum pervenerit, mox dominium ejus adquisiero, putat Marcellus, concurrere utrumque creditorem in pignore. Non enim multum facit, quod de suo nummos debitor dederit, quippe cum res ex nummis pigneratis emta, non sit pignerata ob hoc solum, quod pecunia pignerata erat.

ältere Contrahent gewesen sein, und hätte in einer zu seinen Gunsten abgegebenen Entscheidung die Bestätigung des Satzes, mit welchem Ulpian sich beschäftigte, mithin der Ausspruch, daß der General-Pfandgläubiger, obgleich nicht *prior*, doch potior sei, gefunden werden müssen? Freilich erlaubt die Fassung nicht, ihn als posterior darzustellen, aber es bleibt noch die Annahme gleichzeitiger Verträge übrig, auf welche das Thema sich gleichfalls erstreckt.

Man könnte versucht werden, zu sagen, nehme man Titius als posterior creditor, so erscheine die Concurrenz als eine Ausnahme von der Zeit-Priorität, und, da es sich hier um dergleichen handle, so rechtfertige sich die Voraussetzung. Der Einwand wird, wie ich glaube, durch die zweite Hälfte des Paragraphen vollständig erledigt, indem man danach, nur forschend, ob die referirten Thatsachen irgend ein Moment darböten, um dessentwillen man zum Vortheil des General-pfandgläubigers von der Regel abgehen dürfe, weit entfernt gewesen, an eine Abweichung zu Titius Gunsten zu denken.

Hiernach ist die Stelle für den Streit mindestens unerheblich. Der Zusammenhang aber gebietet, weiter zu gehen und sie geradezu für meine Ansicht geltend zu machen. Die Regel ist: prior tempore potior jure. Davon, sagt der Jurist, giebt es Ausnahmen; nachdem er nun solche angeführt, kommt er am Schlusse auf ein Verhältniß, welches man, ungeachtet einiger Aehnlichkeit mit denselben, nicht dahin zählen dürfe. Indem er somit das Daseyn einer Ausnahme negirt, anerkennt er die Anwendbarkeit jener Regel, diese muß folglich zur Basis seiner Entscheidung gedient haben. Ich hoffe, dies Alles unten im §. 7. noch mehr unterstützen zu können.

2) Der von v. Bangerow a. a. O. vorangestellte Grund, Niemand könne ein dingliches Recht an einer Sache eher begründen, ehe die Sache selbst seiner Disposition unterworfen sei, läßt den daraus gezogenen Schluß nicht zu, weil — cf.

v. Bangerow a. a. O. S. 760. lit. c. — ohne Widerſpruch zugegeben wird, daß das Pfandrecht an einer fremden Sache, ſobald ſie in das Vermögen des Verpfänders gekommen ſei, von Zeit der Beſtellung gerechnet werden müſſe.

3) Die mitunter angeführte [1]) L. 28. de jure fisci 49. 14. [2]) ſcheint mir für den Streit ganz werthlos zu ſein; denn das Fragment ſchweigt darüber völlig, wie das Verhältniß ſich, wenn der Fiscus nicht privilegirt wäre, geſtalten, ob er alſo dann in re postea acquisita dem früheren General-Pfandgläubiger nach- oder gleichſtehen würde.

4) Man ſagt, die conditio, si in dominium meum pervenerit, ſei eine Bedingung, deren Erfüllung von des Schuldners Willkühr abhänge, demnach habe die Erfüllung keine rückwirkende Kraft, und die Verpfändung des künftigen Vermögens ſei eine gleiche bedingte Verpfändung. Allein erſtens ſcheint mir das Letztere nicht wahr zu ſein. Iſt gleich richtig, daß der Anfang des Pfandrechts am zukünftigen Vermögen ebenſo berechnet wird, wie der einer Hypothek, welche an einer genannten res aliena unter jener conditio ertheilt worden, ſo iſt damit doch keineswegs geſagt, daß man auf einem und demſelben Wege, alſo durch Auflöſung des erſten reinen Vertrags in einen bedingten, zu dieſen Sätzen gelangt ſei, und nirgends entdecke ich die Andeutung, daß in der Verpfändung des zukünftigen Vermögens ein bedingtes Geſchäft erblickt worden. Ich kann

---

[1]) Wie namentlich von Sintenis a. a. O. S. 632. Not. 1. — H. Donellus l. c. §. 9. und Rambe l. c. §. IX. benutzen die Stelle ſogar gegen die angefochtene Meinung, müſſen aber im Widerſtreit mit den deutlichen Worten behaupten, der Fiscus habe früher contrahirt.

[2]) Si, qui mihi obligaverat, quae habet habiturusque esset, cum fisco contraxerit, sciendum est, in re postea adquisita fiscum potiorem esse debere, Papinianum respondisse; quod et constitutum est, praevenit enim causam pignoris fiscus.

selbst nicht einräumen, daß L. 11. §. 2. qui potior. in pign. [1]) die Priorität des Pfandrechts an den invecta et illata nach Prinzipien über bedingte Verträge bestimmt habe [2]); vielmehr giebt Gajus als Grund seiner Entscheidung an, nicht durch die Convention, sondern durch die Illation, sei das Pfandrecht entstanden. Die Erläuterung, warum die Sache, um die man stritt, nicht durch den Vertrag obligirt ward, ist uns Gajus schuldig geblieben, liegt aber nicht ferne. Die Convention hatte sie nämlich nicht als eine dem Pfandvertrage unterliegende Sache angegeben, und überhaupt, außer den bereits inferirten Effecten, keinen bestimmt erkennbaren Gegenstand; erst die Induction sollte die Unvollständigkeit ergänzen, und ergänzte sie. Thut nun gleich der Wirksamkeit der conventio generalis die Unbestimmtheit der darunter fallenden Objecte keinen Abbruch, so darf hievon doch auf Special-Verpfändungen keine Anwendung gemacht werden. Denn conventio generalis in pignore dando bonorum vel postea quaesitorum est recepta. Die Special-Verpfändung steht aber unter den allgemeinen Regeln über Bestimmtheit der Verträge, zu ihr gehört daher wesentlich die Erkennbarkeit des ihr unterworfenen Gegenstandes, und, so

---

[1]) Si colonus convenit, ut inducta in fundum, illata, ibi nata pignori essent, antequam inducat, alii rem hypothecae nomine obligaverit, tunc deinde eam in fundum induxerit, potior erit, qui specialiter pure accepit, *quia non ex conventione priori obligatur, sed ex eo, quod inducta res est*, quod posterius factum est.

[2]) Hiemit ist Sintenis a. a. O. S. 370. f. einverstanden, und wenn v. Bangerow a. a. O. S. 777. die scharfsinnige Bemerkung macht, daß hier nicht von einem pignus in inferendis et invehendis die Rede sei, ein pignus in invectis et illatis aber schon nach grammatischer Interpretation erst mit der Einbringung den Anfang nehmen könne, so weiß ich damit den ebendaselbst und S. 751. vorkommenden Bezug auf die Lehre von den Bedingungen nicht zu vereinbaren. Auch v. Savigny System d. heut. Röm. Rechts Bd. 3. S. 151. Not. d. erklärt die Stelle durch Annahme eines bedingten Geschäfts.

lange es hieran fehlt, ist über ein solches incertum contrahirt, daß man zur Zeit die Existenz einer Obligation schlechthin leugnen muß [1]). So scheint mir der Jurist verstanden werden zu müssen, und daraus ergiebt sich zugleich, wie wenig er daran gedacht hat, die Convention, ut inducta in fundum pignori essent, so zu interpretiren, als wenn die demnächst inferirte Sache unter der Bedingung der Illation verpfändet wäre. Ein solcher Vertrag leidet nicht an jener Unbestimmtheit und erfordert ganz andere Erwägungen.

Zweitens. Das Alter eines für eine bedingte Schuld pure constituirten und das eines für ein praesens debitum sub conditione errichteten Pfandrechts wird, existente conditione, nach dem Datum des Pfandcontracts bemessen. Dasselbe gilt von der für ein bedingtes Legat vom Erben ertheilten Hypothek. Auch giebt das bedingte pignus schon pendente conditione Rechte auf Sicherheits-Maßregeln. In mehreren Gesetzen ist dieß Alles klar ausgesprochen [2]). Eins derselben fügt jedoch eine Ausnahme hinzu, deren Bedeutung hier ermittelt werden muß, weil die Gegner sie auf unsere Frage anwenden. Es ist dieß L. 9. §. 1. cit., welche so lautet:

> Amplius etiam sub conditione creditorem tuendum putabat adversus eum, cui postea quicquam deberi coeperit, *si modo non ea conditio sit, quae invito debitore impleri non possit.*

So lückenhaft auch der erste Theil ist, so kann er doch nicht anders verstanden werden, als: wenn dem Einen für eine bedingte Schuld, und dann einem Andern für ein praesens debitum, dieselbe Sache verpfändet wurde, so hat jener existente conditione den Vorzug. Schwierigkeiten macht nur die hinzu-

---

[1]) M. s. hierüber Mühlenbruch Lehrb. d. Pand. R. Th. 2. §. 357.

[2]) L. 11. §. 1. L. 9. §. 1. L. 12. §. 2. L. 9. §. 2. qui potior. in pign. 20. 4. L. 2. C. eod. 8. 18. L. 13. §. 5. de pignorib. et hyp. 20. 1. Die L. 12. §. 2. cit. spricht sicher von einem dies incertus, welcher der conditio gleich zu achten ist, z. B. sobald ich das Haus erwerbe.

gefügte Modification. Unter die Worte passen Bedingungen, die geradezu und allein auf das Wollen und die Willens-Erklärung des Schuldners lauten, ferner solche, welche zwar eine andere äußere Handlung verlangen, die jedoch in potestate debitoris ist oder doch nicht ohne dessen Mitwirkung entstehen oder unterlassen werden kann, endlich sogar Bedingungen, deren Eintritt zu verhindern dem Schuldner möglich ist [1]). Müssen wir ganz den Worten folgen: Sub hac conditione, si volam, nulla fit obligatio, pro non dicto enim est, quod dare, nisi velis, cogi non possis [2]). Es fehlt die Zustimmung des Schuldners zur Uebernahme der betreffenden Verbindlichkeit, mithin existirt kein Vertrag. So ist es z. B., wenn der Bevollmächtigte — wie oftmals vorkommt — unter der Bedingung, daß der Mandant den Handel genehmige, contrahirt. Kann nun gleich der Pfandcontract dem Hauptvertrage gültig voraufgehen [3]), so schärfen doch die Gesetze wiederholt ein, daß sich dann das Alter des Pfandrechts nach dem Datum des Hauptvertrags richte [4]). Auf Fälle dieser Art ist also mit Bestimmtheit die obige Ausnahme zu beziehen, aber auch, wie ich glaube, zu beschränken [5]).

---

[1]) Rieffer in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. Bd. 2. S. 39. Not. 2. nimmt den Satz in der letzten Allgemeinheit.

[2]) L. 8. de O. et A. L. 7. pr. de contrah. emt. 18. 1. L. 17. L. 46. §. 3. L. 108. §. 1. de V. O. L. 13. C. de contrah. emt. 4. 38.

[3]) L. 5. pr. de pignorib. verb.: sive in praesenti contractu, sive etiam praecedat. Ebenso die Bürgschaft L. 132. §. 1. de V. O. L. 47. §. 1. de fidejussorib. 46. 1.

[4]) L. 4. quae res pignori 20. 3. L. 1. §. 1. L. 11. pr. qui potior. in pign. 20. 4. Vergl. Crogg und Heise juriſt. Abhandl. Bd. 2. Nr. XV.

[5]) So scheint mir auch Mühlenbruch im Lehrb. d. Pand. R. Th. 2. §. 304. und 308. Nr. 5. Th. 1. §. 108. Nr. 3. die Sache zu nehmen, wogegen Savigny a. a. O. ganz den Worten folgt, die Ausnahme jedoch nur als Singularität bei'm Pfandrechte darstellt. Die meisten Rechtslehrer begründen auf diese Stelle den allgemeinen Satz, daß der Ausgang der Bedingung nicht zurückzuziehen sei,

Hierauf wird man hingeführt, weil wir, so oft auch bei Verträgen die rückwirkende Kraft des Ausgangs der Bedingung hervorgehoben wird [1]), nirgends weiter angedeutet finden, daß sie bei'm Eintritt von Bedingungen, deren Erfüllung vom Belieben des Schuldners abhänge oder seine Mitwirkung fordern oder doch von ihm vereitelt werden könne, nicht gelte, das Geschäft mithin ex post facto non confirmetur [2]). Ja, die *Lex commissoria* zeugt gegen solche Ausnahme. Und, welcher haltbare Grund ließe sich für dieselbe anführen? Ich kann weder den, Niemand dürfe die von ihm selbst ausgegangenen Verleihungen wieder anfechten [3]), noch den, der Schuldner, der die Entstehung des ganzen Rechts seines Gegners zu verhindern vermöge, müsse auch dauernd wirksame Beschränkungen desselben hervorbringen können [4]), als zutreffend anerkennen. Der erste Grund läßt sich besser gebrauchen, um die Unstatthaftigkeit der Ausnahme darzuthun, und der zweite erlaubt dem Schuldner, die Sache ganz wegzugeben und den Contract völlig zu brechen, so daß dem Gläubiger bei demnächst existirender Bedingung nur das leere Nachsehen bliebe [5]). Hat dieser denn jenem wirklich solche Macht gelassen? Allerdings ist die Zerstörung der Aussicht

---

wenn die Erfüllung von der Willkühr des Schuldners abhänge oder dessen Mitwirkung erforderlich mache, s. z. B. Thibaut Syst. des Pand. R. §. 124., v. Wangerow a. a. O. S. 117.

[1]) M. s. die unbeschränkten Regeln in L. 78. pr. de V. O. u. L. 18. de R. J., wo wohl der Ort war, einer existirenden Ausnahme zu erwähnen. S. auch L. 144. §. 1. de R. J. L. 3. §. 3. C. comm. de leg. 6. 43.

[2]) L. 8. de reb. cred. 12. 1.

[3]) Diesen Grund führt Thibaut an im Arch. f. d. civil. Prax. Bd. 16. S. 389.

[4]) Wie Savigny a. a. O. behauptet.

[5]) Und warum ist ein Gleiches bei bedingten Legaten, wenn die Bedingung invito herede nicht eintreten kann, unanwendlich gefunden? Oder soll auch L. 3. §. 3. C. comm. de leg. 6. 43. unter der Beschränkung leiden?

des Gläubigers in die Hände des Debitors gegeben, nicht aber in der Art, daß er die Bedingung erfüllen und doch des Gläubigers Rechte schmälern könnte. Nur zwischen Vernichtung und völliger Wahrmachung der Hoffnung desselben ist ihm die Wahl, und zu jener der einzige Weg, die Bedingung ausfallen zu lassen, offen geblieben, so daß er durch keine andere Handlung den vollständigen Eintritt des dem Erditor zugesicherten Rechts zu verhindern vermag. Für den Fall der Erfüllung der Bedingung hat er also seiner Dispositions-Befugniß diejenige Grenze gesteckt, welche die Unverletzbarkeit der Gerechtsame des Gläubigers erheischt, und der Werth der von ihm ferner verliehenen Rechte darf nur hiernach bestimmt werden. — Eben so wenig kann Sell's Erklärung [1]), „so lange die conditio ohne Willen des Schuldners nicht eintreten könne, so lange stehe es in seinem Belieben, ob er überhaupt verpflichtet sein solle oder nicht, es fehle also das Charakteristische eines wirklichen Vertragsverhältnisses, ähnlich, wie dieß bei einem Vertrage unter der conditio si voluero eintrete," Billigung verdienen; denn der Satz, worauf sie gebauet wird, ist offenbar falsch [2]). — Wie ganz unrichtig endlich aus der Endentscheidung der L. 3. quib. mod. pignus 20. 6. das angefochtene generelle Princip entlehnt wird, zeigt schon eine Vergleichung desselben mit dem vorgetragenen Falle. Ich greife das Princip an: der Ausgang der conditio wird schon dann nicht zurückgezogen, wenn sie in einer Handlung des Schuldners besteht, und zwar in einer andern Handlung, als der bloßen Willenserklärung. Hiemit hat aber der in L. 3. in f. cit. geprüfte Fall, ubi sic res distracta est, nisi emtori displicuisset, nichts gemein. Denn

---

[1]) In der Schrift über bedingte Traditionen S. 167. Aehnlich denkt Sintenis a. a. O. S. 369—371.

[2]) L. 42. pr. de O. et A. u. L. 10. de V. S. zeigen dieses im Vergleich mit den S. 104. Not. 2. allegirten Gesetzen. Sind denn nicht beide Theile gebunden? s. auch v. Savigny a. a. O. S. 131. und 132.

theils hängt hier der Eintritt der conditio, da das Recht, welches Inhalt des pactum ist, dem emtor zusteht, vom Belieben des Berechtigten (creditor) ab, theils wird dazu keine weitere Handlung, als die einfache Willenserklärung, erfordert. Der letztere Umstand weist die Verwandtschaft mit den Fällen der oben S. 104. Not. 2. allegirten Gesetze nach. Wie hier zur Perfection des Vertrags, so fehlte in unserer L. 3. zur Aufhebung des Geschäfts die Willenserklärung eines Interessenten, hier, wie dort, hatte sich der eine Theil noch auf keine Weise gebunden, und es erklärt sich daraus, daß der Käufer bei Uebertragung der Sache in keiner Art beschränkt worden, die Entscheidung der L. 3. in f. cit. hinlänglich[1]).

In den Zweifeln, welche sich hienach gegen die wörtliche Auslegung erheben, wird man durch den Zusammenhang des §. mit dem pr. des Fragments und den Vergleich mit L. 11. pr. qui potiores in pign. durchaus bestärkt. Hier giebt nämlich Gajus unumwunden die Regel, daß derjenige, welcher zuerst sowohl einen Contract geschlossen, als auch dieserhalb eine Hypothek empfangen habe, potior sei, und African sagt in pr. unserer Stelle, wo er von einer betagten Schuld handelt, es komme darauf, ob schon etwas geschuldigt werde, nichts, sondern Alles darauf an, ob die Lage der Dinge so sei, daß invito creditore jus pignoris solvi non possit. In enger Verbindung hiemit steht unser §., wo African hinzufügt: Um so mehr müsse der sub conditione creditor — dem, wie es in L. 13. §. 5. de pignorib. heißt, interim nihil debetur — gegen den späteren reinen Gläubiger geschützt werden, wenn nur nicht die Bedingung eine solche sei, quae debitor impleri non possit. Dieser Zusammenhang scheint mir zu ergeben, daß der Jurist durch den Zusatz nur das kurz vorher als entscheidend aufgestellte Princip hat geltend machen, also ausdrücken wollen, es sei auch

[1]) Auch aus dem Gesichtspunkte der L. 43. §. 8. de aedil. edicto 21. 1. läßt sie sich rechtfertigen, indem der Verkäufer die mit Hypotheken belastete Sache zurückzunehmen nicht verbunden ist.

hier darauf zu sehen, ob die conditio der Art sei, daß invito creditore jus pignoris solvi possit, oder, wie es in anderen Gesetzen beim verabredeten mutuum heißt, an in potestate fuerit debitoris, pecuniam non accipere [1]), kurz, ob er als gebunden erscheine [2]). Daß aber der Debitor von dem eingegangenen Rechtsverhältnisse bloß deßhalb, weil dasselbe an eine Bedingung geknüpft worden, die in einem Thun oder Unterlassen seiner Seits besteht, einseitig abgehen dürfe [3]), würde eine nie zu rechtfertigende Behauptung sein.

5) Wenn man ferner anführt, Niemand könne das Recht und den Willen haben, Anderen gehörige Sachen, so lange sie dies seien und er sie als solche anerkenne, zu verpfänden; bei allgemeinen Verpfändungen und der besondern des künftigen Vermögens seien sogar die Gegenstände unbestimmbar, es sei hier die stillschweigende Voraussetzung hinzuzudenken, wenn sie erworben worden seien [4]), so habe ich über das Letztere bereits oben gesprochen, und weiß nicht, wie sich der andre Grund unsrer Frage anpassen läßt. Will doch hier Niemand während der Dauer des fremden Eigenthums ein Pfandrecht haben! Und handelt es sich doch lediglich um die Frage, ob man die Befugniß habe, verschiedene Personen in verschiedener Ordnung auf den künftigen Erwerb anzuweisen! Auch wird der oben behauptete Satz, daß es unter den mehreren Gläubigern, welchen

---

[1]) L. 4. quae res pignori 20. 3. L. 11. pr. L. 1. qui potior in pign. 20. 4.

[2]) L. 13. C. de contrah. emt. 4. 38. L. 30. de reb. cred. 12. 1. Qui pecuniam creditam accepturus, spopondit creditori futuro, in potestate habet, ne accipiendo se ei obstringat. Anders bei bedingter Hingabe des Geldes zum mutuum. L. 8. eodem.

[3]) Sintenis a. a. O. S. 369—371. und S. 388. behauptet, daß das römische Recht Bedingungen, welche der Schuldner zu erfüllen habe, gar nicht kenne, und deducirt daraus, daß — wie auch Roßhirt in seinen Abhandl. Bd. 1. S. 26. und Warnkönig a. a. O. S. 180. meinen — aus der Lehre von den Bedingungen für die Niederschlagung des Streits nichts zu schöpfen sei. Man denke aber nur an die Poenalverträge!

[4]) Sintenis a. a. O. S. 387.

eine fremde Sache zu verschiedenen Zeiten schlechtweg verpfändet worden, nach Erwerbung des Eigenthums einen Ersten und besser, als die späteren Contrahenten, Gestellten gebe, von den Rechtslehrern, welche jenen Grund hervorheben, denken sie auch sonst über die Dauer des Rechts des Ersten oder die Bedingung des Rechts des Zweiten anders, unumwunden anerkannt [1]). Beweist dieses Zugeständniß etwa nicht, wie ganz unerheblich für die Priorität die Nichtberechtigung zur Verpfändung einer fremden Sache sei, und wie ganz sie damit außer Beziehung stehe?

§. 7.

Schreiten wir nunmehr zu der aufgegebenen Erörterung. Fehlte es in den Quellen an allen speciellen Aeußerungen über das Thema, so würde meines Ermessens folgender einfacher Ideengang die Lösung herbeiführen. Nach §. 3. Nr. 1. gewinnt der Creditor, welcher eine dem Verpfänder nicht gehörige Sache *bona fide* schlechtweg zum Pfande genommen, durch die nachherige Erwerbung des Eigenthums Seitens des Schuldners die hypothekarische Klage, und sein dingliches Recht datirt sich nun bei der Collision mit andern von seinem Schuldner ausgegangenen Verleihungen von Zeit des Pfandcontracts, wie Africanus in der bereits erklärten L. 9. §. 3. qui potior. in pign. respondirt hat. Darf man anders entscheiden, wenn der Creditor rem alienam, statt pure, sub conditione, si debitoris facta fuerit, zum Pfande genommen hätte? Dort muß ihm erst die aequitas zu Hülfe kommen [2]), hier bedarf er solcher Hülfe nicht [3]), dort hat er auf die ordinaria actio, die ihm hier zusteht, keinen Anspruch [4]). Wäre es nicht eine Absurdität, den so pure Contrahirenden zu bevorzugen? Ein Beispiel möge die Sache an-

---

[1]) Sintenis a. a. O. S. 395. Hepp bei Roßhirt a. a. O. S. 374. ff.
[2]) L. 5. C. si aliena res pign. 8. 16.
[3]) L. 16. §. 7. de pignorib. 20. 1.
[4]) L. 5. C. cit.

schaulich machen. Man setze: Maevius hatte einen fundus, welchen er erst im Jahre 1812 acquirirte, schon 1810 dem Titius unter der Bedingung des künftigen Erwerbs, und 1811 dem Sempronius pure zum Pfande gegeben. Nach den Theorien von Hepp und Sintenis müßte Sempronius potior creditor sein, würden sie aber wohl als Richter solches Urtheil unterschreiben? Schwerlich. Der Gläubiger kann, wenn ihm eine fremde Sache unter der erwähnten Bedingung verpfändet worden, nach dem vom Schuldner gemachten Erwerbe der Sache wenigstens nicht schlechter daran sein, als wenn die Verpfändung pure geschehen wäre, folglich ist der Rang seines Pfandrechts im Verhältniß zu den vom Schuldner weiter auf die Sache gelegten Hypotheken lediglich nach dem Datum der Convention zu bestimmen.

Hiedurch erhält die im vorigen §. Nr. 1. versuchte Interpretation der L. 7. §. 1. qui potior. in pign. eine bedeutende Unterstützung. Denn wir müssen nun annehmen:

Marcellus hat den Titius nach dem Datum seines Contracts locirt,

und ist dieses richtig, so kann der Vertrag des Generalpfandgläubigers nicht älter, als der des Titius, gewesen sein, weil sich sonst die Seltsamkeit hervorgeben würde, daß jener weder nach der Zeit der Convention, noch nach der des Erwerbs des fundus rangirt wäre. Also — denn darauf, daß des Titius Contract der frühere sei, wird Niemand verfallen — hat der Jurist gleichzeitige Verträge vor Augen gehabt und lediglich deshalb beiden Creditoren ihre Plätze neben einander angewiesen.

Ebensowenig braucht der Generalpfandgläubiger eine Parallele zwischen sich und dem Creditor, dem eine benannte fremde Sache verpfändet worden, irgendwie zu scheuen. Wer weiß einen vernünftigen Grund zu ersinnen, aus welchem der Streit, da er doch zu Gunsten entschieden ist, zum Nachtheil des Ersteren enden, und dieser daher, wenn er auch früher con-

trahirt gehabt, jenem, dessen Priorität gewiß nach der Zeit des Vertrags regulirt wird, unterliegen müßte! Dazu kommt folgende Betrachtung L. 15. §. 1. de pignorib. spricht den Generalpfandgläubiger von dem Beweise, rem tempore conventionis in bonis debitoris fuisse, den sie und andre Gesetze[1]) vom Specialcreditor verlangen, im scharfen Gegensatze zu Letzterem frei. Danach hatte die allgemeine Hypothek in Ansehung des spätern Erwerbs volle Kraft, während dieser die Special-Hypothek wirkungslos ließ. Das Recht des Generalpfandgläubigers auf eine vom Schuldner erst später erworbene Sache mußte demnach selbst dann, wenn der Creditor, dem dieselbe speciell verpfändet war, früher mit diesem Schuldner bona fide contrahirt hatte, stärker sein, als das des Specialgläubigers. Hat man nun auch Letzterem späterhin ex aequitate zur utilis hypothecaria verholfen, so wird man doch unmöglich Alles auf den Kopf gestellt haben. Man abstrahirte blos von dem Erfordernisse des Eigenthums in der Person des Verpfänders zur Zeit der Convention, wie man hievon bei dem Generalpfandgläubiger absah; auf beide Fälle mußte nun der spätere Erwerb gleichen Einfluß ausüben[2]), nur daß der Specialcreditor nicht die directe Klage erhielt. Das Princip für das Alter der Specialhypothek kennen wir aber bereits.

§. 8.

Ich gehe über auf die Gesetze, welche außer der schon interpretirten L. 7. §. 1. qui potior. in pign., meine Ansicht, wie ich glaube, direct bestätigen. Dazu gehört[3]) vor allen

[1]) z. B. L. 3. pr. eod. und L. 28. de probation. 22. 3.

[2]) Im Uebrigen ist der practische Werth der L. 15. §. 1. cit. geringe, indem außer dem Falle, wo Jemand wissentlich eine fremde Sache zum Pfande genommen, der hervorgehobene Unterschied niemals mehr bemerkbar wird, und die Beweislast dieselbe bleibt, man mag sich auf eine General- oder Special-Hypothek berufen.

[3]) Wäre Wächter's Ansicht im Arch. f. d. civil. Prax. Bd. 14. S. 386. f., daß die in der L. 1. C. si propt. publ. pensitat. 4. 46. gebrauchten Worte »priore loco« auf die Zeit und nicht auf ein

1) L. 7. C. qui potiores in pign. 8. 18., welche[1]) so lautet: Licet iisdem pignoribus multis creditoribus diversis temporibus datis priores habeantur potiores, tamen eum, cujus pecunia praedium comparatum probatur, quod ei pignori esse specialiter obligatum statim convenit, omnibus anteferri juris auctoritate declaratur.

Der Fall, welcher hier besprochen wird, leuchtet aus der Fassung klar hervor. Der gemeinsame Schuldner hatte mit geliehenem Gelde ein Prädium acquirirt und dasselbe dem Anleiher sofort bei der Anleihe verpfändet. Es fanden sich indeß noch andre Pfandgläubiger und diese nahmen mit Berufung auf ihr höheres Alter hinsichtlich des Prädium den Vorzug vor dem Anleiher in Anspruch. Sie mußten also ältere Generalpfandgläubiger sein; denn daß sie vom Schuldner schon vor dem Erwerb das Grundstück bedingt oder unbedingt speciell zum Pfande erhalten gehabt, läßt sich, da ein so seltener und besonderer Fall wohl einer Andeutung gewürdigt wäre, nicht voraussetzen. In diesem zwischen den Generalpfandgläubigern und dem Ausleiher entstandenen Streite rescribiren nun die Kaiser: Es ist zwar wahr, daß der ältere Pfandgläubiger dem jüngern vorgeht; wird aber bewiesen, daß das Prädium, welches dem Anleiher sofort bei Hingabe des Darlehns speciell verpfändet worden, mit dem geliehenen Gelde angeschafft wurde, so ist der Anleiher Allen vorzuziehen.

Der Zweifelsgrund stützt sich auf die Regel über das privilegium temporis in einem Streite um den Vorzug in einer erst nach der Verpfändung vom Debitor acquirirten Sache und hält sie hier im Allgemeinen für zutreffend, so daß sie an und für sich auf das gegenseitige Verhältniß mehrerer vor solchem Erwerbe constituirten General- und Special-Hypotheken richtig

---

Privilegium zu beziehen seien, richtig, so würde diese Constitution hier von besonderer Wichtigkeit sein.

[1]) Man vergl. über diese Stelle vorzüglich Rabe l. c. und Glück a. a. O. S. 234. f.

angewendet werde. Es scheint mir deutlich ausgesprochen zu sein, daß der Anleiher, ungeachtet ihm das Grundstück vor dem Uebergange des Eigenthums auf den Schuldner speciell verpfändet worden, doch ohne das im Rescripte enthaltene Privilegium mit den übrigen Pfandgläubigern nach dem Datum des Contracts rangiren, den ältern Generalhypotheken also weichen, müßte; es ist klar gegen ihn entschieden, wenn er nicht beweis't, daß das Prädium mit seinem Gelde erworben war; es ist scharf hervorgehoben, daß ihm nur ein Specialpfandrecht jene Präferenz verschafft, und Wer möchte verkennen, daß er, wenn er sich bei der Anleihe mit einem generellen Pfandrechte begnügt hätte, nach dem an die Spitze gestellten Grundsatze gerichtet wäre!

2) Die Einwürfe, welche man gegen die Erheblichkeit der L. 21. pr. qui potiores in pign.[1]) gemacht hat, sind schon anderweitig widerlegt. Ich bemerke kurz:

a) Dagegen, daß der Passus, »in his rebus, quas post priorem obligationem acquisiit« bloß das nach der ersten Verpfändung, und vor der an den Fiscus, erworbene Vermögen im Blicke habe, spricht die Allgemeinheit der Fassung und der Zusatz »donec universum debitum suum consequatur.« Auch hätte sich dieser Punct wohl mit der Beantwortung der ersten Frage so ganz von selbst erledigt, daß ein Zweifel in diesem Betreff nie aufkommen konnte.

---

[1]) Titius Sejae ob summam, qua ex tutela ei condemnatus erat, obligavit pignori omnia bona sua, quae habebat quaeque habiturus esset: postea mutuatus a fisco pecuniam pignori ei res suas omnes obligavit et intulit Sejae partem debiti, et reliquam summam novatione facta eidem promisit, in qua obligatione similiter, ut supra, de pignore convenit. Quaesitum est, an Seja praeferenda sit fisco et in illis rebus, quae Titius tempore prioris obligationis habuit, item in his rebus, quas post priorem obligationem adquisiit, donec universum debitum suum consequatur? Respondit, nihil proponi, cur non sit praeferenda. Man vergl. über diese Stelle Glück a. a. O. S. 235. ff. Sintenis a. a. O. S. 390.

b) Unter den »res omnes,« welche dem Fiscus verpfändet worden, ist das ganze gegenwärtige und zukünftige Vermögen zu verstehen. Denn Justinian hat in der bekannten L. 9. C. quae res pign. 8. 17. verordnet, ut, si quis res suas supponere debitor dicerit, non adjecto, tam praesentes quam futuras, jus tamen generalis hypothecae etiam ad futuras res producatur, und ohne Noth dürfen wir nicht annehmen, daß er mit jenem Ausdrucke irgendwo in seinem Gesetzbuche einen andern, als den von ihm selbst hier festgestellten, Sinn verbunden habe. Ohnehin wird in unsrer Lehre das gegenwärtige und zukünftige Vermögen schon lange vor Justinian auch durch »universa bona« [1]) ja bloß durch »bona« [2]) bezeichnet, so daß die Bedeutung, in welcher der Jurist diese und ähnliche Ausdrücke genommen hat, jedes Mal aus dem Zusammenhange ermittelt werden muß. Wirft nun Scävola die Frage auf, ob Seja dem Fiscus auch in den Gütern vorgehe, welche Titius nach der Verpfändung erworben habe, und antwortet, sie sei zu präferiren, so würden quaestio und responsum gleich sonderbar lauten, wenn des Fiscus Pfandrecht sich auf den künftigen Erwerb überhaupt nicht erstreckte, die Seja mithin als alleinige Gläubigerin bona postea acquisita angegriffen hätte. Das »praeferri« weist auf das Gegentheil hin [3]).

3) Die Erklärung, welche Sintenis a. a. O. S. 390. ff. von dem hieher gehörigen Theile der L. 6. §. 2. C. de secundis nuptiis 5. 9. [4]), giebt, ist zu gezwungen und willkührlich,

---

[1]) Wie dies schon Sintenis a. a. O. S. 485. f. dargethan hat.

[2]) z. B. in L. 2. C. in quib. causis pign. 8. 15. und L. 20. C. de administr. tut. 5. 37.

[3]) s. Rahn l. c.

[4]) Auf diese Constitution hat sich schon Fritz a. a. O. S. 418. berufen. Sie lautet: Omnibus iisdem maritalibus facultatibus, *his etiam* quae habet *habituroe est*, tanquam si jure pignoris vel hypothecae suppositae sint, super eadem ante nuptias donatione vel rebus aliis ad eam ex mariti substantia devolutis, *ex eo die, quo eædem res ad eam pervenerunt, liberis obligatis*, ut si quis *post tra-*

als daß sie Beifall finden dürfte. Sind gleich »eaedem res« auf die im §. 1. erwähnten maritales facultates ausschließlich zu beziehen, so ist doch klar verfügt, daß nicht blos diese maritales facultates, sondern sogar das eigene gegenwärtige und zukünftige Vermögen der Ehefrau von dem Tage an, wo die *maritales facultates* an sie gelangt seien, den Kinder erster Ehe gesetzlich verpfändet sein sollen, und alle Personen, welche nach diesem Tage mit der Ehefrau contrahirt hätten, in vindicandis *iisdem suppositis rebus* (hierunter ist auch das erst später erworbene Vermögen begriffen) *posteriores habeantur liberis sine dubio praeponendis.* Sintenis eigene Uebersetzung der Constitution spricht gegen ihn. Auch v. Vangerow's Erklärung a. a. O. S. 752. »es sei nur gesagt, daß den Kindern, wegen der lucra nuptialia ein Generalpfand an dem Vermögen ihrer zur zweiten Ehe schreitenden Mutter so zustehen solle, als wenn diese gleich damals, als ihr die lucra nuptialia zufielen, ihr ganzes Vermögen verpfändet hätte« kann, ohne den Passus, ex eo die, quo eædem res ad eam pervenerunt, ganz zu streichen, und ohne zugleich den Worten des Schlußsatzes »iisdem suppositis rebus« eine solche beschränkte Beziehung zu geben, als wären unter diesen suppositae res die, quas habitura est, vorher gar nicht genannt, auf keine Weise gerettet werden.

Ferner soll das durch L. 8. §. 5. C. eodem den Kindern an *bona patris* ertheilte Pfandrecht nach Justinians ausdrücklicher Vorschrift in L. 6. §. 4. C. de bonis, quae liberis 6. 61. *ab initio gerendae vel deferendae administrationis* anheben, und die L. 11. C. de pactis conv. tam super dote 5. 14. giebt den Ehefrauen wegen der zu ihrem Paraphernal-Vermögen gehörigen Forderungen hypothecam contra *res mariti*, *ex quo*

ditas matri vel detentas ab ea res — contractum aliquem cum eadem muliere inierit, quae se repetitis nuptiis copulaverit, *in vindicandis iisdem suppositis rebus posteriores habeantur liberis — sine dubio praeponendis.*

pecunias ille exegit; unter den res mariti sind aber nach der von Justinian zwei Jahre vorher erlassenen Constitution auch *futurae res* begriffen. Endlich ist nach Nov. 109. c. 1. die Rangirung der den Ehefrauen wegen der donationes propter nuptias verliehenen Generalhypothek *secundum tempora, quibus fiunt,* vorzunehmen.

Wird demnach bei Bestimmung der Priorität gesetzlicher Generalhypotheken eben so wenig auf die Zeit des Erwerbs der einzelnen Sachen gesehen, als überhaupt zwischen denen, quas habet debitor, und, quas habiturus est, unterschieden, so darf man wohl annehmen, daß die Römer für den Anfang der conventionellen, deren Mangel ja die legalen nur ersetzen sollen, gleiche Grundsätze anerkannt haben. Auch führt L. 6. §. 2. C. 5. 9. cit. hierauf hin, wenn sie verordnet, daß das künftige Vermögen der Wittwe so, als wäre es ausdrücklich zum Pfande gesetzt, von dem Tage an, wo auf sie die maritales facultates gekommen, den Kindern erster Ehe verpfändet sein solle.

§. 9.

Bevor ich schließe, mache ich noch auf zwei Punkte aufmerksam.

Der eine betrifft die Erscheinung, daß in keiner der vielen Stellen, welche sowohl für das General- als Special-Pfandrecht die Priorität lediglich nach dem Alter der Convention reguliren, eine Beschränkung dieses Satzes angeregt wird. Die Dissentienten müssen hierin einen Mangel erblicken, den sie zu erklären haben. Wo aber liegt der Schlüssel?

Zweitens erzeugt die Theorie der Gegner für den Verkehr bedenkliche Nachtheile, und die Volks-Ansicht steht ihr geradezu entgegen. Das Mobiliar-Vermögen verschlechtert und verändert sich im Verlaufe der Zeit, wird oft ganz neu ersetzt, und bei Forderungen tritt der Wechsel noch rascher und bedeutender ein. Gleichwohl sieht Jedermann in der Generalhypothek eine Sicher-

heit, die ihm unnöthig macht, sich um die vorhandenen Mobilien und Activa und deren Schicksale zu bekümmern. Man rechnet also darauf, daß das alte Vorrecht die neuen Vermögenstheile ergreife. Soll dies nicht Statt finden, so wird man nicht allein genöthigt sein, sich vor Creditirung eine genaue Kenntniß aller dann vorhandenen Vermögensstücke zu verschaffen, für behufige Beweismittel zu sorgen, und darauf Bedacht zu nehmen, wie man sich bei künftiger Einschießung von Sachen die Vervollständigung des Inventars sichern könne, sondern auch gegen jeden irgend bedeutenden Wechsel Maßregeln aller Art ergreifen. Wer würde wohl, wenn der Schuldner z. B. Anstalt macht, seine Activ-Forderungen zum Ankauf eines Landguts zu verwenden, den ihm drohenden Verlust seiner alten Hypothek ruhig abwarten! Dazu die Unzahl von Processen, und die grenzenlosen Verwickelungen der Debitwesen, welche jene Theorie nach sich zieht, endlich die hohen Unbilligkeiten, welche in der Anwendung nicht ausbleiben können. Man denke z. B. an den Fall, daß zur Concursmasse eine große Summe baaren Geldes gehörte, herrührend aus dem kürzlichen Eingange alter Forderungen.

Mit einer Lehre, die zu so harten Vorwürfen und so bedeutenden Zweifeln Anlaß giebt, wird sich die Praxis, der — wie schon im vorigen Jahrhunderte die Juristen-Facultät zu Göttingen bezeugt hat[1]) — ein allgemeiner beständiger Gerichtsgebrauch zur Seite steht, wohl schwerlich jemals aussöhnen.

---

[1]) Cf. Fratrum Bechmannorum consilia P. I. Dec. 41., wo es in den Entscheidungsgründen Nr. 5. heißt: so wie ein allgemeiner beständiger Gerichtsgebrauch diese Lehre bestätigt, da man bisher den Concursacten zum Behuf eines Prioritätsurtheils ein beglaubtes chronologisches Verzeichniß der sämmtlichen vom cridario successive acquirirten beweglichen und unbeweglichen Güter beizulegen sich noch nicht hat einfallen lassen.

IV.

Bemerkungen zu dem Aufsatze Bd. 16. Heft 1. Nr. IV. über den Beweis bei Klagen auf Alimentation.

Von

Herrn J. Scholz dem Dritten. Oberappellations- und Landgerichtsprokurator zu Wolfenbüttel.

Herr Hofgerichtsadvokat Hofmann hat an dem obigen Orte dieser Zeitschrift eine im Geschäftsleben oft vorkommende Frage berührt, die nämlich: wer bei Klagen zwischen Eltern und Kindern auf Darreichung von Alimenten, in Hinsicht auf den Bedarf der Ernährung, den Beweis zu übernehmen habe? Ob im Falle des Widerspruchs der Kläger zu beweisen habe: daß er sich nicht selbst ernähren könne? oder ob umgekehrt der Verklagte beweisen müsse: daß der Beantragende dazu im Stande sei?

Herr Hofmann ist nicht allein seiner Seits der Meinung, daß nicht der Kläger den negativen Beweis der Unfähigkeit zur Selbsternährung zu übernehmen habe, vielmehr der Gegner den positiven Satz der Ernährungsfähigkeit darthun müsse, sondern er führt auch einen Rechtsfall an, wo ein großjähriger Sohn, von seiner verwittweten Mutter Alimente forderte und deren Anwalt sich freiwillig dazu verstand, den Beweis zu führen: daß Kläger von den Früchten seines Ver-

mögens und seiner Arbeiten, bei gehöriger Anstrengung standesgemäß leben könne, obwohl das Gericht anderer Meinung war und gleich nach dem Schlusse der Verhandlungen dem Kläger den Beweis dahin aufgelegt hatte, daß die Früchte seines Vermögens, so wie seiner Arbeiten, bei gehöriger Anstrengung unzureichend seien, ihn standesgemäß zu erhalten.

Das Gericht, dessen Meinung die beiderseitigen Anwälte nicht beistimmten, hatte — nach dem Berichte seiner Entscheidung den Grund untergelegt: „die Ernährungspflicht der Eltern sei nur begründet, wenn sich das Kind aus den Früchten seiner Arbeit und seines eigenen Vermögens nicht erhalten kann, und diese Thatsachen gehörten zur Begründung der Klage.“

Ob diese Ansicht des Gerichts nicht die richtige sei, steht noch sehr dahin, und da Parthei und Anwalt nicht gern die Beweisrollen vertauschen, weil sie — wie der Praktiker nur zu gut weiß — immer zu den lästigen und ungewissen Dingen in Hinsicht auf den Ausfall der Beweisführung gehören, so liefert uns der Bericht des Herrn Hofmann zugleich einen merkwürdigen Fall über einen gewagten freiwilligen Wechsel der Beweislast von Seiten der Parthei und deren Anwaltes. Denn daß die auf Alimente in Anspruch genommene Mutter offenbar sicherer zu Werke ging, wenn sie den Beweis des Gegners ruhig erwartete und ihn durch Gegenbeweis zu entkräften strebte, leidet wohl kein Bedenken. Zwar hatte ihr Gegner über die Frage: ob ihm der vom Richter aufgelegte Beweis der Dürftigkeit obliege, die Berufung zur Hand genommen und es heißt: die Klientin habe die Mittel zur Führung des Beweises von ihrer Seite in der Hand gehabt, also durch Uebernahme der Beweislast keine Gefahr gelaufen, und so die Kosten und den Zeitaufwand einer Appellation erspart. Auch wird uns berichtet, daß die Parthei sich in dem günstigen Erfolge des übernommenen Beweises nicht getäuscht und der Kläger abgewiesen sei. Allein mag auch das ungewöhnliche Verfahren für dasmal in prozessualischer Beziehung sich als

nützlich und zweckmäßig dargestellt haben, so bezweifeln wir doch, daß die Theorie es billigen werde, und bedauren, daß uns von jenem Rechtsfalle das Nähere nicht mitgetheilt ist, nicht das Gebäude der Klage, der Streitbefestigung, der Einreden u. s. w. nicht: ob der die Alimente begehrende Sohn dem Bauernstande oder welchem angehörte? ob er vom Vater — ehe die Mutter verwittwet war — aus der väterlichen Gewalt entlassen, oder abgefunden war? ob er einen eignen Haushalt begonnen? ob die Mutter von dem väterlichen Vermögen und dem des Sohnes etwas unter Händen hatte u. s. w.

Alle diese Umstände haben auf die Hauptfrage bedeutenden Einfluß. Und wenn Herr Hofmann am Ende der Abhandlung sagt: „Es dürfte somit in dem eingangserwähnten Rechtsfalle die Ansicht der beiderseitigen Anwälte, daß der Beweis der Beklagten obläge, und ihre darauf beruhende vergleichsweise Umtauschung der Beweislast, gerechtfertigt erscheinen," so dürfen wir zwar die Ansicht der Anwälte in praktischer Beziehung und aus Gründen, die jener besondere Rechtsfall darbieten mochte, nicht geradehin tadeln; wir erlauben uns aber, hier unser Bedenken dahin nieder zu legen, daß sich die Frage: wer in einem Alimentenfalle die Rolle des Beweisführers zu übernehmen habe? der Theorie nach keineswegs so allgemein als geschehen zu Gunsten des Alimentenklägers beantworten lasse. Wir behaupten vielmehr, daß in den meisten Fällen gegen ihn entschieden werden müsse, die Sache mag — wie Herr Hofmann that — rein römischrechtlich oder (wie billig geschehen muß) auch deutschrechtlich beleuchtet werden.

1) Um uns über das Nachfolgende zu verständigen, finden wir nöthig — wie jedoch nur mit Wenigem geschehen soll — einige allgemeinere Grundsätze vorauszuschicken.

a) In dem engeren Familienleben — also abgesehen von der römischen Ernährungspflicht der Freigelassenen und Patronen, oder der deutschrechtlichen Gemeinlast — liegt der Grund der gegenseitigen Alimentenverbindlichkeit unstreitig theils in

der Zeugung, theils in der Verwandtschaft, oder, wenn man will, in einem naturgemäßen Bande, in der gegenseitigen Liebe und in der Billigkeit. Die, welche im Leben sich am nächsten stehen, müssen sich auch das Leben erhalten und erleichtern. Aus diesen natürlichen Verhältnissen, aus dem, was schon das Naturrecht gebot, entstanden die staatlichen oder bürgerlichen Vorschriften zwischen Eltern und Kindern, über Personeneinheit, Suität, väterliche Gewalt, Vermögensgenuß, Pflichttheil u. s. w. und ebenso auch die über die Verbindlichkeit sich gegenseitig zu ernähren. Das römische Recht in seiner positiven Bestimmung erwähnt jener natürlichen Gründe ausdrücklich[1]) und die Doktrin hatte Recht, wenn sie die Alimentationspflicht entweder als Ausfluß der väterlichen Gewalt betrachtete[2]), oder als Folge der Verwandtschaft überhaupt[3]). Gieng doch Justinian so weit, daß er die Verbindlichkeit nicht blos auf die Zeugung beschränkte, sondern sie auch der Cognation beilegte[5]). Darin änderte auch das deutsche Recht wenig. Das Naturrechtliche blieb auch ihm eigen, und die Grundsätze über Mundium, Familienwere, Gütergenuß und Gütergemeinschaft — nicht blos im ehelichen, sondern auch im elterlichen Verhältnisse[4]) — mußten namentlich der Alimentenverbindlichkeit eher förderlich als hinderlich sein. Je enger eben diese Verhältnisse Eltern an Kinder und umgekehrt Kinder an Eltern binden, jemehr mußte auf der einen Seite das Bedürfniß, auf der andern die Schuldigkeit auf Schutz und Ernährung hervortreten. Eine Ausdehnung auf die, welche nicht in jener Voigtschaft standen, bewirkte die Aufnahme des römischen Rechts mit seiner Erweiterung auf das Cognatenverhältniß.

b) Das Bedürfniß auf Schutz und Ernährung im engen

---

[1]) Besonders fr. 5. §. 2. 15. 16. 17. D. de agnosc. et alend. lib. (25. 3.)

[2]) Wie Thibaut, Syst. des Pand.-Rechts. §. 347. (5. Ausg.)

[3]) Wie Schweppe, röm. Priv.-Recht. §. 642.

[4]) Nov. 118. Cap. 4. und 5.

[5]) Mittermaier, deutsches Privatrecht. §. 317. (3. Ausg.)

Familienkreise konnte aber nicht lebenslänglich und ausschließlich sein. Blieb auch das Naturgemäße, so mußte doch der bürgerliche Zustand viel darin ändern. Die Kinder entwuchsen der väterlichen Gewalt und dem engern Schutzverbande. Mit der Zeit traten sie auch ihrer Seits in ähnliche elterliche Verhältnisse; sie mußten einmal selbstständig werden, Natur und bürgerliche Verhältnisse brachten dies gleichfalls mit sich. Für alles dieses mußte ein Abschnitt sein; und diesen Abschnitt bilden weniger die staatlich eingeführten Jahre der Großjährigkeit, als vielmehr die Entlassung aus der väterlichen Gewalt und Wehre, besonders die Gründung des eignen Haushaltes, wobei die deutschen Gebräuche, kannten sie auch nicht die Formen der römischen Emanzipation, doch der Anerkennung eines abgesonderten Haushalts gleiche Wirkung beilegten [1]).

Dieser Abschnitt konnte in bürgerlicher Beziehung nicht ohne bürgerlichrechtliche Zeichen und Folgen sein. Eltern und Kinder deuteten durch Absonderung an, die letzten, daß sie selbstständig wurden, sich selbst schützen und ernähren, also in dieser Beziehung die bisherigen bürgerlichen Rechtsverhältnisse ändern wollen, jene, die Eltern aber, daß sie diese Veränderung auch ihrer Seits geschehen lassen wollen. So entstand denn im staatlichen und im bürgerlichen Leben, wie bei den Römern, so bei den Deutschen, die Regel, daß jeder Selbstständige sich selbst ernähren müsse. Und diese Regel würde bürgerlich rechtlich durchgreifend, ja die Alleinige und Fortwährende sein, wenn man staatlich nicht gut gefunden hätte, auch die Naturrechtliche bestehen zu lassen, d. h. die Ernährungspflicht der nächsten Angehörigen mindestens eventuell oder subsidiär sein zu lassen.

c) Die Verbindlichkeit jeder selbstständigen Person auf eigne Ernährung möchten wir mehr eine rechtliche, die even-

---

[1]) Mittermaier a. a. O. §. 314. und die in der Not. 17. angeführten Sonderrechte.

tuelle oder subsidiäre aber eine polizeiliche nennen. Der selbstständige bürgerliche Zustand wird mehr hervorgerufen durch den Wechsel bürgerlicher Rechte, durch das Aufhören der väterlichen Gewalt des väterlichen Schutzes und Vermögensgenusses, durch Trennung der Einheit in Person und Gütern[1]); während bei der eventuellen Ernährungspflicht, auf der einen Seite das Billige, auf der andern Seite aber auch das staatliche Interesse, mehr hervortritt.

Der Staat will und muß wollen, daß Bürger, die sich in seinen allgemeinen Schutz begeben, auch ernährt und erhalten werden. Wenn Unglücks- selbst Verschuldungsfälle eintreten, die einen Vermögens-Verlust herbeiführten, so durfte das wichtigere Gut, das Leben, doch nicht verloren gehen. Bei der Frage: wer soll die Ernährung über sich nehmen? ließ übrigens der Staat sich selbst gegenüber die vorhin erwähnte natürliche Pflicht der Verwandten die nächste sein, und erst wenn die Verwandten — je nach dem Geschlechte und der Nähe des Grades — fehlten, traten die Gemeinheit oder sonstige Versorgungsanstalten ein. Auch werden wir später sehen, daß die Sonderung der polizeilichen Verbindlichkeit von der rechtlichen nicht ohne Einfluß auf die Beweisart ist.

2) Wenden wir diese allgemeinen Grundsätze auf den vorliegenden Fall an, so unterliegt allerdings keinem Bedenken, daß die verklagte Mutter nach ihres Mannes Tode den die Alimente ansprechenden Sohn ernähren mußte, sobald sich der Zustand der Noth bei diesem wirklich herausstellte und er aus eignen Mitteln nicht Rath schaffen konnte. Das römische Recht legt nicht blos dem Vater, sondern auch der Mutter diese Verbindlichkeit auf[2]) und auch deutschrechtlich findet sich kein Anstand, weil die Mutter — standen ihr auch das Mundium

---

[1]) Wobei namentlich die dinglichen bei Lehn-, Fideikommiß- und Bauergütern eine Hauptrolle spielen.

[2]) Fr. 5. §. 4. D. de agnoscend. et alend. lib. (25. 3.) Nov. 117. Cap. 7. und an mehrern andern Stellen.

b) Unter den »res omnes,« welche dem Fiscus verpfändet worden, ist das ganze gegenwärtige und zukünftige Vermögen zu verstehen. Denn Justinian hat in der bekannten L. 9. C. quae res pign. 8. 17. verordnet, ut, si quis res suas supponere debitor dicerit, non adjecto, tam praesentes quam futuras, jus tamen generalis hypothecae etiam ad futuras res producatur, und ohne Noth dürfen wir nicht annehmen, daß er mit jenem Ausdrucke irgendwo in seinem Gesetzbuche einen andern, als den von ihm selbst hier festgestellten, Sinn verbunden habe. Ohnehin wird in unsrer Lehre das gegenwärtige und zukünftige Vermögen schon lange vor Justinian auch durch »universa bona« [1]) ja bloß durch »bona« [2]) bezeichnet, so daß die Bedeutung, in welcher der Jurist diese und ähnliche Ausdrücke genommen hat, jedes Mal aus dem Zusammenhange ermittelt werden muß. Wirft nun Scävola die Frage auf, ob Seja dem Fiscus auch in den Gütern vorgehe, welche Titius nach der Verpfändung erworben habe, und antwortet, sie sei zu präferiren, so würden quaestio und responsum gleich sonderbar lauten, wenn des Fiscus Pfandrecht sich auf den künftigen Erwerb überhaupt nicht erstreckte, die Seja mithin als alleinige Gläubigerin bona postea acquisita angegriffen hätte. Das »praeferri« weist auf das Gegentheil hin [3]).

3) Die Erklärung, welche Sintenis a. a. O. S. 390. ff. von dem hieher gehörigen Theile der L. 6. §. 2. C. de secundis nuptiis 5. 9. [4]), giebt, ist zu gezwungen und willkührlich,

---

[1]) Wie dies schon Sintenis a. a. O. S. 485. f. dargethan hat.

[2]) z. B. in L. 2. C. in quib. causis pign. 8. 15. und L. 20. C. de administr. tut. 5. 37.

[3]) s. Rahm l. c.

[4]) Auf diese Constitution hat sich schon Fritz a. a. O. S. 418. berufen. Sie lautet: Omnibus iisdem maritalibus facultatibus, *his etiam* quae habet *habiturave est*, tanquam si jure pignoris vel hypothecae suppositae sint, super eadem ante nuptias donatione vel rebus aliis ad eam ex mariti substantia devolutis, *ex eo die, quo eaedem res ad eam pervenerunt, liberis obligatis*, ut si quis *post tra-*

als daß sie Beifall finden dürfte. Sind gleich »eaedem res« auf die im §. 1. erwähnten maritales facultates ausschließlich zu beziehen, so ist doch klar verfügt, daß nicht blos diese maritales facultates, sondern sogar das eigene gegenwärtige und zukünftige Vermögen der Ehefrau von dem Tage an, wo die *maritales facultates* an sie gelangt seien, den Kinder erster Ehe gesetzlich verpfändet sein sollen, und alle Personen, welche nach diesem Tage mit der Ehefrau contrahirt hätten, in vindicandis *iisdem suppositis rebus* (hierunter ist auch das erst später erworbene Vermögen begriffen) *posteriores habeantur liberis sine dubio praeponendis.* Sintenis eigene Uebersetzung der Constitution spricht gegen ihn. Auch v. Vangerow's Erklärung a. a. O. S. 752. »es sei nur gesagt, daß den Kindern, wegen der lucra nuptialia ein Generalpfand an dem Vermögen ihrer zur zweiten Ehe schreitenden Mutter so zustehen solle, als wenn diese gleich damals, als ihr die lucra nuptialia zufielen, ihr ganzes Vermögen verpfändet hätte« kann, ohne den Passus, ex eo die, quo eædem res ad eam pervenerunt, ganz zu streichen, und ohne zugleich den Worten des Schlußsatzes »iisdem suppositis rebus« eine solche beschränkte Beziehung zu geben, als wären unter diesen suppositae res die, quas habitura est, vorher gar nicht genannt, auf keine Weise gerettet werden.

Ferner soll das durch L. 8. §. 5. C. eodem den Kindern an *bona patris* ertheilte Pfandrecht nach Justinians ausdrücklicher Vorschrift in L. 6. §. 4. C. de bonis, quae liberis 6. 61. *ab initio gerendae vel deferendae administrationis* anheben, und die L. 11. C. de pactis conv. tam super dote 5. 14. giebt den Ehefrauen wegen der zu ihrem Paraphernal-Vermögen gehörigen Forderungen hypothecam contra *res mariti*, *ex quo*

ditas matri vel detentas ab ea res — contractum aliquem cum eadem muliere inierit, quae se repetitis nuptiis copulaverit, *in vindicandis iisdem suppositis rebus posteriores habeantur liberis — sine dubio praeponendis.*

Sed si filius *possit se exhibere*, aestimare iudices debent, ne *non* debeant, ei alimenta decernere,

und eben so deutlich, so viel das Verhältniß des Freigelassenen zum Patrone betrifft: [1])

Alimenta pro modo facultatum erunt praebenda, *egentis* scilicet patronis: caeterum *si sit, unde se exhibeant*, cessabunt partes iudices.

Mag also auch — wie allerdings richtig ist — die Alimentationspflicht der Eltern mit dem Dasein des Kindes beginnen, mögen die Eltern selbst verbunden sein, ein schon früh mit eigenen Mitteln ausgestattetes Kind zu ernähren und zu unterstützen, in den Dingen, die es mit allen Mitteln sich nicht verschaffen kann, so bleibt darum doch der Grundsatz wahr, daß die Verbindlichkeit der Eltern immer nur bedingungsweise oder subsidiär zu verstehen ist und zwar gleichfalls von der Geburt des Kindes an. Die obigen Gesetze prägen der Verbindlichkeit nicht allein die eventuelle Eigenschaft von selbst auf, sondern machen auch bei der Obliegenheit, daß Jeder sich selbst ernähren muß, keinen Unterschied, ob das se exhibere in früher Kindheit, bei der Großjährigkeit, oder im Zustande der Emanzipation entstanden sei.

Wenn also Herr Hofmann Seite 142. ferner sagt: „Es ist mithin für die Entstehung der Alimentationspflicht der Eltern nichts weiter erforderlich, als das Dasein eines Kindes; und steht dieß richtig, so muß auch blos die Behauptung dieser Thatsache hinreichen zur Begründung einer Klage auf Erfüllung dieser Verbindlichkeit," so steht der erste Satz allerdings richtig, nicht aber der Zweite. Die Alimentationspflicht entsteht mit dem Dasein eines Kindes, d. h. sie kann nicht eintreten, wenn kein Kind existirt. Auch hebt sie mit der Geburt an und dauert fort, so lange Eltern und Kind leben.

---

[1]) fr. 5. §. 19. eod.

Allein darum reicht die bloße Behauptung dieser Thatsache noch nicht aus, den Klaggrund des Kindes (oder umgekehrt der Eltern gegen das Kind) zu begründen. Dazu gehört mehr als das bloße Dasein des zu Alimentirenden und namentlich die Thatsache, daß das Kind sein Dasein nicht durch sich selbst oder aus eigenen Mitteln erhalten und fortsetzen könne.

3) Wir erheben nämlich diese eben erwähnte Thatsache nicht — wie Herr Hofmann S. 143. thut — zur Einrede, sondern zählen sie geradehin dem Klaggrunde bei. Die Gründe dafür nehmen wir zum Theil aus dem Voraufgeschickten.

a) Die Gesetze der Natur sagen allerdings: Eltern müssen die Kinder (und auch umgekehrt) ernähren. Dasselbe sagen die positiven Gesetze. Allein diese fügen, wie wir sahen, die Bedingung hinzu, wenn der zu Alimentirende sich selbst zu ernähren außer Stande ist. Die Gesetzgebung hat also an die natürliche Verbindlichkeit sehr deutlich eine Thatsache geknüpft, die jene bedeutend beschränkt, die sie bürgerlich nur dann wirksam sein läßt, wenn dieser negative Thatumstand einleuchtet. Nicht die allgemeine Pflicht, sondern der besondere Umstand des Bedarfs, oder der eigenen Mittellosigkeit, ist es also, der das Klagrecht begründet, und der Alimentenkläger darf sich, wenn er nicht ein Gebäude ohne gehörige Unterlage aufführen will, nicht erlauben, die Thatsache zu verschweigen und abzuwarten, ob der Gegner daraus eine Einrede herleitet. Schon der Richter soll nach dem fr. 5. §. 1. D. de agnosc. et alend. lib. das si filius possit se exhibere vor Augen haben und keine Alimente ohne dieses Unvermögen erkennen. Er soll, wie wir vorhin sahen, schon von Amts- und Polizeiwegen dahin sehen, daß Niemand verhungere; allein so wie er hier immer zuerst fragt, ob wirkliche Noth vorhanden sei? so soll ihm auch der, welcher den Weg des Rechts betritt, dieselbe Thatsache als Grund der Anforderung vorlegen.

4) Dieß muß um so mehr geschehen, wenn der Alimentenkläger aus der väterlichen Gewalt entlassen und selbstständig geworden ist. Geschah der Antrag früher, bevor dieser wichtige Abschnitt eingetreten, und die Eltern alimentirten das Kind vorher, so würde man vielleicht sagen können: der Zustand dauere fort und es sei die Vermuthung dafür, daß das Hauskind ohne eigene Mittel sei; allein nach diesem Abschnitte ist die Vermuthung offenbar dagegen. Der Entlassungsakt setzt gerade voraus, daß dem Kinde Mittel und Fähigkeiten, sich selbst zu erhalten, zu Gebote stehen, und wer in diesem Zustande Eltern oder andere Angehörige auf Alimente gerichtlich in Anspruch nimmt, darf sich noch weniger darüber hinaussetzen, seiner Klage als Ausnahme von der Regel die eigene Unfähigkeit zum Grunde zu legen.

5) Richtig ist allerdings, daß das eigene Unvermögen allein noch kein Recht geben würde, Vater oder Mutter auf Alimente in Anspruch zu nehmen; der natürliche oder verwandtschaftliche Grund muß noch hinzukommen. Allein umgekehrt darf jener erste Grund auch nicht fehlen, weil die positiven Gesetze, wie wir sahen, die Alimentationspflicht einmal zur subsidiären gemacht haben. Der Grund solcher Alimentenklagen stellt sich also eigentlich als ein doppelter oder aus beiden Bindepunkten zusammengesetzter dar. Wie es denn dergleichen in den Rechten mehrere giebt, z. B. der bekannte Unterschied zwischen dem nächsten oder entfernten Klaggrunde, wo der Kläger oft nicht umhin kann, sich beider zu bedienen, oder bei Erbschaftsklagen, wo es oft nicht ausreicht, die Klage bloß in die Verwandtschaft oder Nähe des Grades zu gründen, sondern oft auch in den angemaßten Besitz oder eine sonstige Verletzung.

Dabei möchten wir nicht einmal behaupten, daß namentlich bei einem entlassenen und selbstständigen Kinde der verwandtschaftliche Grund wichtiger oder stärker sei, als der der Dürftigkeit und des Unvermögens. So wie die Sachen jetzt

stehen, muß Der, welcher sich in dieser hülfsbedürftigen Lage befindet, ernährt werden, einerlei, ob er Eltern hat oder nicht. Weist er diesen Zustand nach, so müssen Richter und Polizei für Alimente sorgen und die Verwandtschaft giebt nur Anleitung an die Hand, wer hier zunächst aushelfend eintreten soll. Ohne diesen Beweis darf und kann der Richter keinen Schritt thun. Der die Alimente Beantragende muß sich darauf gründen. Spricht er, in Ermangelung von nahen Anverwandten, die Polizei an, so wird ihn diese an jene Behauptung und deren Beweis sofort zurückweisen, und betritt er den Weg des Rechts und der Klage gegen nahe Verwandte, so werden diese sagen: ihre Alimentenpflicht sei nur subsidiär und bevor er nicht nachgewiesen, daß er zur eigenen Ernährung außer Stande sei, brauche man sich auf die Ansprüche nicht einzulassen, oder, mit andern Worten, es fehle ein wesentlicher Theil des gesetzlichen Grundes der Klage.

6) Gehört nun eben diese mehr erwähnte Thatsache zum nothwendigen Grunde, oder zur Bedingung der Klage, so folgt von selbst, daß dieser Thatumstand von keinem Andern als dem Kläger erwiesen werden muß. Der Angesprochene braucht die Behauptung nur in Abrede zu stellen und der Richter hatte in jenem Hofmann'schen Falle Recht, wenn er die Beweislast nicht der Mutter, sondern dem Sohne aufbürdete.

Zwar scheint — soviel aus dem kurzen Berichte des Herrn Hofmann abzunehmen ist — der klagende Sohn die Thatsache des eigenen Unvermögens ganz verschwiegen zu haben, und die verklagte Mutter nicht die Einrede der fehlenden Begründung der Klage, sondern die entgegnet zu haben, daß der Sohn die Mittel habe, sich selbst zu ernähren. Allein in diesem Falle dürfen wir der Mutter den Beweis der Thatsache nicht auflegen, weil die Thatsache, der Kläger mochte ihrer erwähnen oder nicht, immer zum Klaggrunde gehörte, also das, was hier Einrede schien, nur ein Verabreden (Verneinen) des Grundes war.

Darin kann auch der Umstand nichts ändern, daß — wie Herr Hofmann für sich anführt — der Kläger negative Sätze beweisen würde. Wir dürfen, mit Weber und Andern, längst als feststehend annehmen, daß der Kläger auch dergleichen Sätze beweisen müsse, sobald sie zum Grunde des Klaggebäudes gehören. Dabei kann auch Nichts darauf ankommen, ob es schwieriger sei, den Mangel eigener Hülfsmittel darzuthun, als umgekehrt das Vorhandensein dieser Mittel. Dergleichen Dinge darf der Richter nie beachten, sobald ihm das Recht Anweisung giebt, wem er Beweis auflegen soll.

7) Auch können wir Herrn Hofmann nicht beistimmen, wenn er glaubt, eine andere Beweisrolle in der Stellung der betreffenden Gesetze zu finden.

Mag auch das fr. 5. D. de agnosc. et alend. lib. gleich im Anfange mit dem Satze beginnen: „Wenn Jemand von seinen Kindern ernährt zu werden verlange, so soll der Richter darüber cognosciren.“ Mag auch im §. 7. desselben Gesetzes der Kaiser sagen: „Die zuständigen Richter werden deinem Vater befehlen, dich zu ernähren; jedoch, da du selbst sagst, daß du ein Handwerk verstehest, nur dann, wenn deine Gesundheitsumstände von der Art sind, daß du es nicht betreiben kannst.“

Mag ferner in eben diesem Paragraphen nur Rede davon sein, daß der Richter dann, wenn das Verwandtschaftsverhältniß in Abrede gestellt wird, darüber Beweis fordern solle, nicht aber, was zu thun sei, wenn der Verklagte behauptet, der Kläger könne sich selbst ernähren. — Aus allen diesen und ähnlichen Worten der Gesetze folgt nicht, daß das eigene Unvermögen, sich zu ernähren, nicht zum Klaggrunde gehöre, oder, daß Der, welcher auf Alimente in Anspruch genommen wird, den Beweis zu führen habe, der Kläger besitze eigene Mittel, wovon er leben könne. Wir argumentiren umgekehrt so: Der Urheber des Gesetzes stellt in den frühern Paragraphen des fr. 5. nur die allgemeinen Sätze auf, daß

und warum die Eltern die Kinder und auch umgekehrt die Kinder ihre Eltern ernähren müssen. Im §. 7. deſſelben Geſetzabſchnittes aber kommt er auf den Ausnahmefall und ſagt: Die Richter ſollen wohl erwägen, daß ſie dem Sohne dann keine Alimente zuerkennen, wenn er ſich ſelbſt ernähren kann. Zu mehrerer Beſtärkung dieſer Beſchränkung wiederholt der Juriſt daſſelbe bei dem Verhältniſſe des Patronen zum Freigelaſſenen, indem er ſagt: Alimente ſollen nur dem dürftigen Patronen gereicht werden und das richterliche Amt hat ein Ende, wenn der Patron ſelbſt die Mittel hat, wovon er ſich ernähren kann.

Der Geſetzgeber billigt und beſtimmt alſo dadurch eine andere eben ſo allgemeine Regel, daß Jedermann ſich ſelbſt ernähren müſſe, und daß er Andere, ſelbſt Die, denen er durch Liebe und Dankbarkeit verpflichtet iſt, nicht eher auf Alimente in Anſpruch nehmen könne, als wenn dieſe Mittel aufhören.

An die Thatſache der Mittelloſigkeit iſt alſo dadurch das Klagrecht eben ſo gut gebunden, als an den Zuſtand der natürlichen oder bürgerlichen Verpflichtung. Beides muß erhellen, wenn Eltern oder Kinder auf Alimente in Anſpruch genommen werden, beides wird zum Klaggrund erhoben, und daraus folgt der Beweis der Thatſachen, ohne daß der Geſetzgeber nöthig hatte, ſich darüber zu äußern, ob der Alimentenkläger die Mittelloſigkeit oder der Alimententenverklagte das Vorhandenſein der Mittel beweiſen ſolle.

Bedürfte es aber noch eines Mehren, namentlich was die Beweisrolle betrifft, ſo würde das Urtheil des Paulus am Ende des Titels [1]) den Ausſchlag geben, der Juriſt — nachdem vorher, wie wir ſahen, Eltern und Kinder und dann wieder Patronen und Freigelaſſene gleich geſetzt waren — ſagt hier:

In bonis superstitum libertorum nullum omnino ius patroni liberive patronorum habent, nisi *si tam esse infirmos,*

[1]) fr. 9. D. de agnosc. et alend. lib.

tamque pauperes praesidibus *probaverint*, ut merito menstruis alimentis a libertis suis adiuvari debeant.

Zu mehrer Bestärkung dessen, daß Der, welcher Alimente begehrt, mit dem Beweise der Schwäche oder Dürftigkeit gleich von vorn herein vortreten müsse, führt Paulus am Ende des Fragments noch das Zeugniß hinzu:

Idque ius ita plurimis principum constitutionibus manifestatur.

Und in der That wird es auch noch heut zu Tage in den Ländern deutscher Zunge eben so gehalten. Schon die Reichsgesetze [1]) kennen den Grundsatz, daß der wirklich Verarmte von dem Staate und den Gemeinheiten erhalten werden müsse; und die allgemeine Ordnung hat eingeführt, daß, bevor die Sorge der Polizei eintritt, der die Versorgung Ansprechende den Zustand eigener Mittellosigkeit nachweisen müsse. Erst wenn dieser Zustand erhellt, werden die Ansprüche begründet [2]) und fällt auch wenn die Polizei um Unterstützung angesprochen wird, die amtliche Untersuchung mit der Nachweisung der Ansprechenden oft zusammen, weil bei dergleichen Sachen nie ein geregeltes Beweisverfahren Statt finden darf, so ist doch auch hier klar, daß die Polizei, wenn sie will, von dem Ansprechenden jene Nachweisung verlangen kann. Die Schuldigkeit hierzu bleibt dieselbe, wenn der Anfordernde den Rechtsweg gegen seine Anverwandten betritt; nur die Art und Weise der Nachweisung muß sich ändern, weil das bürgerlich rechtliche Verfahren andere Formen kennt, als das polizeiliche; obwohl wir der Meinung sind [3]), daß Alimentensachen überall summarisch behandelt werden; also auch im Beweisverfahren bloße Bescheinigungen in die Stelle förmlicher Beweise treten müssen [4]).

---

[1]) Reichspolizeiordnung von 1577.
[2]) v. Berg Polizeirecht. Th. 3. S. 211. Preuß. Landr. Th. 2. 19. §. 5.
[3]) Mit Danz ord. Proz. §. 59. Pfeiffer prakt. Ausf. Bd. 1. S. 297.
[4]) Danz summarischer Prozeß. Hauptst. 1. §. 7.

V.

Von der Beweislast bei der Negatorienklage, wenn der Beklagte sich in dem Quasibesitze der Dienstbarkeit durch richterliches Urtheil geschützt befindet.

Von dem

Königl. Bayr. Appellationsgerichts-Assessor Herrn **Sambaber** zu Aschaffenburg.

§. 1.

Um die Frage, deren Beantwortung es in der vorwürfigen Abhandlung gilt, zu veranschaulichen, wolle der gelehrte Leser sich folgenden Fall in kurzen Zügen vor Augen stellen:

»A. befindet sich seit zehn, zwanzig und mehreren Jahren in dem Besitze des Zehntbezuges von einem Acker des B., und wurde erst bei der letzten Aerndte von demselben in Ausübung seines Rechtes gestöret; er war daher gegen B. klagbar aufgetreten, und als B. nichts Weiteres zu seiner Verantwortung vorbringen konnte, als daß der fragliche Zehnt rechtswidrig von A. bisher bezogen worden sei, so wurde Letzterer in dem Besitze seines Zehntbezuges geschützt, und B. mit seinem Vorgeben zum besondern Austrage verwiesen. B. tritt nun in vim petitorii mit der Negatorienklage auf, und leugnet das Zehntrecht des A., welchem nur sein Besitz zur Seite stehe. — A. dagegen beharret auf seinem, angeblich seit unvordenklichen

Zeiten bestehenden Zehntrechte. Hier fragt es sich nun, wem unter den streitenden Theilen die Beweislast obliegt, — ob dem Kläger der Beweis der Befreiung von der Zehntpflichtigkeit, oder dem Beklagten der Beweis seines Zehntrechts?"

§. 2.

Mag von dem Eigenthümer eines Grundstückes eine Dienstbarkeit oder ähnliche Last desselben verneinet, und rechtliche Hülfe von ihm wider den, die natürliche Freiheit beunruhigenden Gegner gesucht werden [1]), — mag der Herr eines Gutes klagend wegen einer dasselbe beschwerenden Dienstbarkeit auftreten [2]), — in allen diesen Fällen liegt die actio negatoria vor, — die Schützerin der Freiheit des Eigenthums [3]).

Leicht zu erkennen ist demnach das Wesen der Negatorienklage, und ihre Anstellung im oben erwähnten Falle nicht zu bezweifeln. Desto größere Schwierigkeit entstehet — Zeuge ist die Theorie und Praxis der ältesten und neuesten Zeiten — bei der richterlichen Entscheidung darüber, wem die Beweislast bei dieser Klage zukommet? — Ein positiver Ausspruch in den Gesetzen wird hierüber vermisset [4]), und dem Richter stehet es nun zu, nach reifer Erwägung aller Gründe für und wider zu entscheiden, — eine um so schwierigere Aufgabe, als auf beiden Seiten gewichtvolle Momente und bedeutende Autoritäten der Gelehrten stehen! [5])

[1]) l. 4. §. 7. l. 8. §. 5. l. 17. pr. et §. 1. ff. si servitus vindic. l. 5. pr. ff. si ususfr. pet. §. 2. J. de actionibus.

[2]) l. 2. pr. et cit. l. 4. §. 7. si serv. vind. et l. 5. pr. si ususfr. pet.

[3]) Schweppe, Röm. Privatrecht. 1819. §. 312. Seuffert, Lehrb. des pract. Pandektenrechts. Würzb. 1825. Bd. I. §. 183.

[4]) Die von den Rechtslehrern angezogenen Hauptstellen fr. 8. §. 3. ff. si servitus vindicetur und fr. 15. ff. de op. nov. nunt. enthalten den Fall in thesi nicht buchstäblich, sondern lassen nur analoge Anwendung zu.

[5]) Von dem Beweise der Freiheit des Eigenthumes wollen den Kläger in neuern Zeiten befreien: Hufeland, in den Beiträgen zur posit. Rechtswissenschaft. St. 4. Nr. 10. Klötzer, Berichtigung der Lehre von der Beweislast. Jena. 1813. — Borst, v. d. Beweislast.

§. 3.

Für den Kläger, vielmehr für ſeine Befreiung von der Uebernahme der Beweislaſt, ſpricht bei der Negatorienklage, allerdings nicht ohne allen Schein von Gewicht, die Vermuthung der natürlichen Freiheit[1]), auf welche der Kläger ſein Vorbringen bei dieſer Klage ſtützet. Dieſe Vermuthung wird bei den älteren Rechtsgelehrten beſonders hochgehalten von Thomaſius, indem er in ſeiner dissertatio de praesumt. allodialitatis §. 17. seq. ſich alſo darüber äußert: »Cave, ne putes, rationem hanc ideo esse infirmam, quia per textus juris non probari possit; quin potius et certissima et evidentissima est, aeque ac ratio quaedam mathematica, etsi nec haec in jure continentur, quia videlicet utraque fundatur in natura rerum et sensu communi.«

Mit dieſer Vermuthung verbindet ſich auch der von den Rechtsgelehrten anerkannte Satz, »quod negantis simpliciter nulla sit per rerum naturam probatio«[2]) und die weitere Anſicht, daß eine praesumtio negativa in den Rechten immerhin für ſtärker zu erachten ſei, als eine Affirmation.

Auch wird in Erwägung gezogen, daß nicht nur in rebus incorporalibus der Quaſibeſitz den Beſitzer nicht befreie, den Rechtstitel ſeiner Dienſtbarkeit darzuthun[3]), ſondern daß auch die Vermuthung für die Freiheit des Klägers von der fraglichen Servitut ſtärker ſei, als jene, welche für den Beſitz des Beklagten ſpricht, da letztere nur allgemein ſei, erſtere aber

---

[1]) «Omnes enim Icti concedunt thesin in genere, quod actio negatoria habeat hoc peculiare prae aliis actionibus, quod in hac non actor, sed reus probet, et solum thesin limitant, si modo actor in actione negatoria possideat quasi libertatem.» Coccejj de directa probatione negativae. Cap. IV. §. 16. — cf. Thomasius in diss. de onere probandi in act. negat. §. 19. — diss. acad. vol. IV. nr. 113. p. 151.

[2]) Leyser, medit. ad pand. spec. 109. med. 5. tom. II. pag. 454.

[3]) Carpzov, lib. I. resp. 67. nr. 12.

den Charakter der Specialität an sich trage, und daher im Zweifel das Uebergewicht habe [1]).

Ferner ist auch nicht mit Stillschweigen zu übergehen, daß nach dem Dafürhalten Mancher die Dienstbarkeit der Güter nicht so sehr, wie die Freiheit derselben von einer solchen in der Natur der Sache lieget. Jene Dienstbarkeit nämlich, behauptet man, entstehe erst aus einer Thatsache, und Thatsachen seien überhaupt von demjenigen, welcher sich auf sie berufet, zu beweisen. Der Quasibesitz könne nun vor dieser Beweislast nicht schützen, weil er die Vermuthung der Freiheit nicht aufzuheben, noch jene der Dienstbarkeit zu begründen vermöge.

Endlich will man auch die Folgerung, welche Manche aus l. 7. §. fin. de liberali causa, l. 14. ff. de prob., l. 20. Cod. eod., l. 4. in f. Cod. si serv. export. ven. gegen den Kläger machen [2]), durch den Einwand heben, daß von der persönlichen Freiheit auf jene der Güter nicht geschlossen werden dürfe.

§. 4.

Obschon nun, wie bisher gezeigt worden, nicht unbedeutende Momente für den Kläger sprechen, daß er bei der Negatorienklage, wenn auch der Beklagte sich im Besitze der streitigen Dienstbarkeit befindet, den Beweis seiner Freiheit von solcher zu übernehmen nicht verbunden sei, so neiget sich dennoch das Uebergewicht der Gründe auf die Seite des Beklagten, und befreiet diesen im unterstellten Falle von der Beweislast seines Rechtes, indem es vielmehr diese hinsichtlich der behaupteten Freiheit der fraglichen Dienstbarkeit auf den Kläger wälzet. Die oben erwähnten, dem Kläger angeblich zur Seite stehenden Gründe ruhen nämlich, wenn man sie in nähere Betrachtung

---

[1]) Thomasius, de onere probandi. §. 27.

[2]) Bei den Streitigkeiten, ob Jemand ein Freier oder ein Knecht, ein Freigelassener oder Freigeborner ist, soll der seine Freiheit Behauptende solche beweisen, wenn sein Gegner im entgegengesetzten Besitze sich befindet.

ziehet, auf ſchwächeren Stützpunkten, als man bei dem erſten Anblicke glauben möchte.

Was vorerſt die angerufene Vermuthung für die natürliche Freiheit betrifft, ſo iſt ſie nur eine allgemeine, welcher eine eben ſo allgemeine, daß nemlich der Beſitzer frei iſt von der Beweislaſt[1]), entgegenſtehet, und wer weiß nicht, daß eine Vermuthung durch eine gegentheilige in den Rechten leicht gehoben wird? Iſt nun die Negatorienklage, was nicht beſtritten werden kann, eine Klage gegen den Beſitzer, ſo muß der Kläger vorerwähnte Regel, daß der Beſitzer frei von der Beweislaſt iſt, ſo lange gegen ſich gelten laſſen, bis für einen beſtimmten Fall das Gegentheil deutlich in den Geſetzen angeordnet iſt. *arg.* l. 8. §. 3. D. si servitus vind. —

Die Freiheit des Beſitzes von der Beweislaſt iſt um ſo mehr zu behaupten, als, wiewohl nach dem Naturrechte die Freiheit des Menſchen vermuthet wird, dennoch gegen denjenigen, qui in quasi-possessione servitutis est, die perſönliche Freiheit nach beſtimmter geſetzlicher Vorſchrift bewieſen werden muß[2]), und der Einwand (ſ. oben §. 3. a. E.), was von der perſönlichen Freiheit gelte, könne auf jene der Grundſtücke nicht angewendet werden, wie unter den ältern Rechtsgelehrten Thomaſius behauptet, bei näherer Erwägung als unbegründet erſcheinet. Größer iſt nemlich die Vermuthung für die Freiheit der Perſon, als für jene der Grundſtücke, und mithin der Schluß von dem Größeren auf das Geringere gewiß gerechtfertiget. —

---

[1]) §. 4. J. de interdictis. Commodum autem possidendi in eo est, quod etiamsi ejus res non sit, qui possidet, si modo actor non poterit suam esse probare, remanet in suo loco possessio: propter quam causam, cum obscura sunt utriusque jura, contra petitorem judicari solet. — l. 80. ff. de rei vind. — Eine Vermuthung der Freiheit des Eigenthums iſt um ſo weniger allgemein gültig, als es auch beſchränktes Eigenthum giebt. Fr. 25. pr. de V. S.

[2]) L. 20. Cod. de probat. — fr. 14. ff. de prob. et praesumpt. — l. 7. 8. fin. de liberali causa.

Selbst die Regel, daß die allgemeine Vermuthung der besondern und stärkeren weichen muß, spricht hier für den Beklagten; denn es ist gewiß ein eigenes und von der Regel abweichendes specielles Verhältniß, wenn Jemand in Ansehung eines fremden Grundstücks im Besitze solcher Rechte sich befindet, welche nur dem Eigenthümer allein zustehen. Diese hier in Frage befangene Vermuthung ist also stärker, als jene des Klägers hinsichtlich der natürlichen Freiheit von der Dienstbarkeit. Auch kann nicht vermuthet werden, daß Jemanden mehr gebührt, als er hat; — und dennoch erfreut sich Kläger im unterstellten Falle nur eines beschränkten Eigenthums! — War doch auch die fragliche Vermuthung schon bei dem possessorischen Streite bekannt, und doch nicht von Wirkung gewesen: wie soll sie nun in petitorio größere Wirksamkeit erlangen?

Die fragliche Beweispflicht des Klägers, gehet in dem mehrerwähnten Falle auch aus der allgemeinen Rechtsparömie hervor, daß der Kläger seinen Klaggrund erweisen muß, und diese Regel ist hier nicht auf den Beklagten anzuwenden, weil er als Besitzer nicht gehalten sein kann, sich auf den Beweis der Rechtmäßigkeit der Erlangung seines Besitzes einzulassen. Ihm stehet vielmehr die allgemeine Rechtsregel zur Seite: „quod actore non probante, qui convenitur, etsi nihil ipse praestat, obtinebit [1])."

§. 5.

Der aus dem Satze: »quod negantis per rerum naturam simpliciter nulla sit probatio« l. 10. Cod. de non num. pec. hierher gezogene Schluß würde, wenn er ohne Ausnahme richtig war, auch zur Folge haben, daß selbst dann der Negatorienkläger von dem Beweise frei war, wenn ihm eine praesumtio vehemens entgegenstünde (denn zu Unmöglichem kann Niemand angehalten werden!), und in diesem Falle liegt ihm doch, wie allge-

[1]) l. 4. Cod. de edendo.

mein anerkannt, die Beweislaſt ob. Schon hieraus leuchtet die Unrichtigkeit des erwähnten Satzes ein, und es iſt auch an und für ſich zu erwägen, daß die Idee des Negativen äußerſt relativ iſt, und daher eigentlich nicht tauglich ſein kann, den Maßſtab bei Beſtimmung der Beweislaſt zu geben. Uebrigens wird unter dem negans nicht ſowohl derjenige verſtanden, welcher eine verneinende Behauptung vorbringt, als derjenige, welcher eine gegen ihn angeführte Thatſache widerſpricht, und bei der Negatorienklage verfolgt Kläger die Freiheit ſeines Eigenthums eigentlich affirmativ.

§. 6.

Endlich iſt es nach der Anſicht der meiſten Rechtsgelehrten älterer und neuerer Zeit dem Gerichtsgebrauche gemäß, daß der Beſitzer ſo lange geſchützt wird, bis der Gegentheil ein Anderes in petitorio ausgeführet (d. i. erwieſen) hat[1]). Und hiernach löſet ſich die dieſer Abhandlung gemachte Aufgabe dahin, daß, wenn der Beklagte ſich in dem Quaſibeſitze der Dienſtbarkeit befindet, der Kläger bei der Negatorienklage den Beweis der Freiheit von jener Dienſtbarkeit übernehmen muß[2]).

---

[1]) Mevius, decis. P. VIII. dec. 292. Heinneccius, comp. jur. ff. tit. si serv. vind. Lauterbach, colleg. theor. pract. eod. tit. §. 11.

[2]) Schweppe §. 314. a. a. O. — Seuffert Erörterungen einzelner Lehren des röm. Privatrechts. 1820. Abthl. II. Nr. XVI. — Thibaut Pand. §. 625. — Weber Klagen und Einreden. St. 2. 3. Nr. 16. u. X.

Selbst die Regel, daß die allgemeine Vermuthung der besondern und stärkeren weichen muß, spricht hier für den Beklagten; denn es ist gewiß ein eigenes und von der Regel abweichendes specielles Verhältniß, wenn Jemand in Ansehung eines fremden Grundstücks im Besitze solcher Rechte sich befindet, welche nur dem Eigenthümer allein zustehen. Diese hier in Frage befangene Vermuthung ist also stärker, als jene des Klägers hinsichtlich der natürlichen Freiheit von der Dienstbarkeit. Auch kann nicht vermuthet werden, daß Jemanden mehr gebührt, als er hat; — und dennoch erfreut sich Kläger im unterstellten Falle nur eines beschränkten Eigenthums! — War doch auch die fragliche Vermuthung schon bei dem possessorischen Streite bekannt, und doch nicht von Wirkung gewesen: wie soll sie nun in petitorio größere Wirksamkeit erlangen?

Die fragliche Beweispflicht des Klägers, gehet in dem mehrerwähnten Falle auch aus der allgemeinen Rechtsparömie hervor, daß der Kläger seinen Klaggrund erweisen muß, und diese Regel ist hier nicht auf den Beklagten anzuwenden, weil er als Besitzer nicht gehalten sein kann, sich auf den Beweis der Rechtmäßigkeit der Erlangung seines Besitzes einzulassen. Ihm stehet vielmehr die allgemeine Rechtsregel zur Seite: „quod actore non probante, qui convenitur, etsi nihil ipse praestat, obtinebit [1])."

§. 5.

Der aus dem Satze: „quod negantis per rerum naturam simpliciter nulla sit probatio" l. 10. Cod. de non num. pec. hierher gezogene Schluß würde, wenn er ohne Ausnahme richtig war, auch zur Folge haben, daß selbst dann der Negatorienkläger von dem Beweise frei war, wenn ihm eine praesumtio vehemens entgegenstünde (denn zu Unmöglichem kann Niemand angehalten werden!), und in diesem Falle liegt ihm doch, wie allge-

[1]) l. 4. Cod. de edendo.

mein anerkannt, die Beweislaſt ob. Schon hieraus leuchtet die Unrichtigkeit des erwähnten Satzes ein, und es iſt auch an und für ſich zu erwägen, daß die Idee des Negativen äußerſt relativ iſt, und daher eigentlich nicht tauglich ſein kann, den Maßſtab bei Beſtimmung der Beweislaſt zu geben. Uebrigens wird unter dem negans nicht ſowohl derjenige verſtanden, welcher eine verneinende Behauptung vorbringt, als derjenige, welcher eine gegen ihn angeführte Thatſache widerſpricht, und bei der Negatorienklage verfolgt Kläger die Freiheit ſeines Eigenthums eigentlich affirmativ.

§. 6.

Endlich iſt es nach der Anſicht der meiſten Rechtsgelehrten älterer und neuerer Zeit dem Gerichtsgebrauche gemäß, daß der Beſitzer ſo lange geſchützt wird, bis der Gegentheil ein Anderes in petitorio ausgeführet (d. i. erwieſen) hat[1]). Und hiernach löſet ſich die dieſer Abhandlung gemachte Aufgabe dahin, daß, wenn der Beklagte ſich in dem Quaſibeſitze der Dienſtbarkeit befindet, der Kläger bei der Negatorienklage den Beweis der Freiheit von jener Dienſtbarkeit übernehmen muß[2]).

---

[1]) Mevius, decis. P. VIII. dec. 292. Heinneccius, comp. jur. ff. tit. si serv. vind. Lauterbach, colleg. theor. pract. eod. tit. §. 11.

[2]) Schweppe §. 314. a. a. O. — Seuffert Erörterungen einzelner Lehren des röm. Privatrechts. 1820. Abthl. II. Nr. XVI. — Thibaut Pand. §. 625. — Weber Klagen und Einreden. St. 2. 3. Nr. 16. u. X.

VI.

Bemerkungen über die Appellationssumme.

Von

von Linde.

Die Lehre von der Appellationssumme hat in neueſter Zeit in Pfeiffer's praktiſchen Ausführungen eine eben ſo gründliche als erſchöpfende Darſtellung gefunden. Es ſind damit die intereſſanteſten und wichtigſten Fragen einer neuen Prüfung und Erwägung unterſtellt, die zu einer Reviſion mancher Punkte Veranlaſſung geben darf. Beſondere Aufforderung hierzu fühle deßhalb ich, weil mehrere, von mir früher ſchon zu begründen verſuchte, Anſichten und Meinungen, von deren Unrichtigkeit ich mich auch noch jetzt nicht überzeugen kann, von Pfeiffer mit ſo erheblichen Gründen in Frage geſtellt ſind, daß eine Erwiederung wenigſtens dazu beitragen wird, die eine oder die andere Behauptung feſter zu begründen [1]).

[1]) Bei dieſer Gelegenheit ſey es mir erlaubt, auf eine Anzeige des zweiten Theils meines Handb. über die Lehre von den Rechtsmitteln, in den kritiſchen Jahrb. f. d. Rechtswiſſenſchaft. 6. Jahrg. 11. Bd. Leipz. 1842., worin von Herrn R. Schneider mißbilligt wird, daß ich in jenem Handbuche frühere Abhandlungen im Weſentlichen unverändert eingereiht, habe abdrucken laſſen, zu erwiedern: In der, auch in jener Anzeige wörtlich abgedruckten Vorrede zum fraglichen Buche ſchon habe ich bemerkt: wie ich auf Beleuch-

§. 1.

I. Ich beginne sogleich mit einer Bemerkung, über eine, bei der Darstellung der Lehre empfohlene Maxime, welche bedenklich scheint. Pfeiffer geht davon aus, daß das Erforder-

---

tung mehrerer, tief eingreifender, Ansichten harrte, die ich in Abhandlungen niedergelegt, zu deren Prüfung ich tüchtigere Prozessualisten eingeladen, bis dahin aber vergebens erwartet habe, und daß die Schrift durch die gehoffte Belehrung nur hätte gewinnen können. In jener Kritik ist nun nicht einmal nachzuweisen versucht, weder daß der Inhalt jener Abhandlungen in den Resultaten irrig, oder in der Entwicklung mißrathen seye, noch daß die Gegenstände nicht Theile des Handbuchs hätten werden dürfen. Wenn man mir die Fähigkeit zutraute, einen juristischen Gegenstand in der Darstellung verändert, behandeln zu können; aber auch einzusehen im Stande ist, daß nicht die Form der Darstellung, sondern der Inhalt das Hauptsächliche eines Werks der besprochenen Art ist, und daß Jemand, der Gutes, Wahres und Anwendbares mittheilen will, nicht blos Neues sagen kann; am wenigsten in einem Handbuche und am allerwenigsten, wenn der Verfasser aus einem wahrscheinlich allgemein gebilligten Grunde wichtigere Materien, bevor er sie in dem Handbuche behandelte, in der beabsichtigten Darstellung, der Prüfung des sachkundigen Publikums vorlegte, so sollte man doch auch begreifen, daß mein Verfahren, da es einem hergebrachten Gebrauche nicht nur, sondern auch einer verständigen Commentation vollkommen entspricht, wenigstens von einer Seite keinen Tadel verdiente, von welcher nur Tadeln leicht ist. Die fernere Bemerkung des obengenannten Herrn Critikus, welche so lautet: »Und was noch merkwürdiger ist, diejenigen Aufsätze, welche in den genannten Zeitschriften den Titel: Beitrag, oder Beiträge zur Lehre z. B. von der Revision, führen, erscheinen hier (im Handbuche) auf ein Mal, ohne irgend eine diese Metamorphose rechtfertigende Erweiterung erfahren zu haben, als vollständige Behandlung der fraglichen Lehren, z. B. unter der Ueberschrift: Von der Revision;« ist freilich das Merkwürdigste in der Critik. Aus meinen Schriften selbst hätte der Herr Critiker erfahren können, daß, wenn ich auch nach möglichster Vollständigkeit strebe, doch nicht die Anmaßung besitze, anzunehmen, daß ich das Ziel erreicht habe, und deßhalb hatte ich mein Handbuch nicht einen vollständigen Commentar genannt. Daß aber Beiträge zu der Lehre von der Revision, in einem Handbuche unter die Ueberschrift »von der Revision« gehören, sollte einem Critiker nicht als eine Merkwürdigkeit aufstoßen, und eine Meta-

niß einer Appellationssumme mit den Forderungen der strengen Gerechtigkeit, in der parteilosen Rechtspflege unverträglich sey; man aber von diesem mißbilligenden legislatorischen Gesichtspunkte aus, da, wo die Appellationssumme noch bestehe, die daraus hervorgehende Beschränkung der Rechtspflege in ihre engsten Grenzen zurückzudrängen suchen müsse, wobei die Gerichte — nach dem Vorgange der vormaligen reichskammergerichtlichen Praxis — das allzustrenge Festhalten an die römisch-rechtlichen Begriffe von Rechtskraft, Streitgenossenschaft, Klagenhäufung u. s. w. den Anforderungen der materiellen Gerechtigkeit, so weit es nur immer auf dem Wege der ausgedehntesten Interpretation geschehen könne, zum Opfer zu bringen haben[1]). Darüber daß, von dem legislatorischen Standpunkte aus betrachtet, das ganze Institut erheblichen Bedenklichkeiten unterliegt, war ich niemals zweifelhaft; aber wenn eine Gesetzgebung es einmal aufgenommen hat, darf der anwendende Richter so wenig, als der die Theorie entwickelnde Rechtslehrer, für den Zweck der Anwendung selbst, einen andern Gesichtspunkt wählen, als den vom positiven Gesetzgeber ange-

---

morphose dürfte er diese Behandlung des Gegenstandes nur dann nennen, wenn das gerade Gegentheil von dem Statt gefunden hätte, was getadelt worden ist. Dafür, aber auch nur dafür, daß Hr. Schneider auf einen Fehler im Abdruck aufmerksam gemacht, (es ist aber nicht Nahner statt Nahmer, sondern umgekehrt, Nahmer statt Nahner zu lesen) habe ich meinen Dank auszudrücken. Einen größern Dank würde der Herr Critikus sich verdient haben, wenn er seine Leser als zufrieden mit der Nachweisung jenes Fehlers der Setzer sich vorgestellt, und den Erwerb der vorliegenden Abhandlung nicht von dem unwillkührlichen Ankauf dieser Erwiederung abhängig gemacht hätte. — Gerne habe ich bei dieser Veranlassung von jener Critik gesprochen, weil aus der Pfeiffer'schen Arbeit jeder Critiker lernen kann, wie man mit Sachkenntniß gründlich prüfen und verbessern soll; und ich habe es wenigstens nicht verschuldet, wenn dadurch eine neue Ueberraschung bereitet wird.

[1]) Pfeiffer pract. Ausf. VI. S. 213. f.

deuteten. In dieser Richtung habe ich, so entschieden von jeher gegen das Institut selbst meine Ueberzeugung war, stets die Lehre bearbeitet, und sogar da, wo ich Beruf hatte, meine Ansicht für eine neue Gesetzgebung, welche die Fortbildung des Instituts zur Aufgabe hatte, auszusprechen war ich, durch die Nothwendigkeit, im Geiste der bestehenden Gesetzgebung zu argumentiren, gedrungen, der Meinung die Appellationssumme angemessen zu erhöhen, beizutreten, daneben aber die Erklärung niederzulegen: daß, wenn es sich um durchgreifende Verbesserungen des prozessualischen Verfahrens handle, oder um eine neue Prozeßgesetzgebung, zu rathen sey, das Institut gänzlich aufzugeben [1]). Der unmittelbar anwendende oder für die Anwendung die Gesetze erklärende Rechtsgelehrte darf, meiner Ansicht nach, unser Institut zwar in seine engsten Grenzen zurückdrängen, denn sie bestimmen den eigentlichen Kreis der Geltung; aber soll daneben eben so fest an andern rechtlichen Begriffen halten, mit deren Aufopferung die Anwendbarkeit eines Instituts gegen die Absicht der positiven Gesetze beschränkt würde. Der gefährlichste Zustand der Rechtspflege beginnt da, wo Richter in den Rechtsgelehrten die Gesetzgeber suchen, wo den Gesetzbüchern die Rechtsgelehrsamkeit unbedingt derogirt. Materiell kann damit der Zustand zwar besser; aber formell muß er nothwendig schlechter werden.

§. 2.

II. Die Bedeutung, welche Pfeiffer [2]) dem Worte

---

[1]) Mein Vortrag in d. Verhandl. der I. Kammer der Landstände des Großherzogthums Hessen von 1835 — 36. Beil. B. I. Nr. 36. S. 103. f.

[2]) a. a. O. S. 235. f. Vergl. mein Handb. üb. d. Rechtsmittel I. S. 357 — 361. Pfeiffer versteht unter »Obrigkeit« in der K. G. O. v. 1521. II. 24. §. 1. nicht blos Jurisdiktionsstreitigkeiten im weitesten Sinn, sondern auch Streitigkeiten über hoheitliche Rechte überhaupt, wobei jedoch die Beschränkung eintrete, daß dieselben nicht, als blos nutzbare Regalien, einer bestimmten Schätzung unterliegen.

„Obrigkeit" gibt, halte ich für die richtige, es scheint mir aber, daß jene „hoheitliche Rechte," welche auch unter Obrigkeit verstanden werden sollen, ebenfalls dem Begriffe von „Gerechtigkeit" subsumirt werden dürften. Wenn ich in meiner frühern Darstellung hiervon ausging, so war ich im practischen Resultate mit Pfeiffer nicht verschiedener Ansicht.

§. 3.

III. Die Behauptung Pfeiffers[1]), daß die von mir aufgestellte Regel: daß bei Injurienſachen, wenn nur nicht die actio aestimatoria angestellt, vielmehr die Klage auf Abbitte, Ehrenerklärung, Widerruf oder sonst öffentliche Bestrafung, gerichtet, keine Appellationssumme erforderlich sey, der reichsgerichtlichen Praxis nicht entspreche; ist in sofern begründet, als sich reichsgerichtliche Entscheidungen nachweisen lassen, welche die Frage: ob bei Injurienſachen Appellationssumme erforderlich sey, oder nicht? mit Unterscheidungen beantwortet haben. Diese Unterscheidungen beziehen sich aber, — abgesehen davon, daß sie den Reichsgesetzen nicht bekannt sind, und einem Gemein-Bescheide v. 1603 sogar widersprechen[2]) — nur auf die Fälle, in welchen der Injuriant als Appellant auftritt, und es sich um die Frage handelt, ob die gegen ihn erfolgte Sentenz seiner Ehre einen Schaden zufüge oder nicht? Es ist leicht erklärlich, wie die Praktiker, davon ausgehend: daß der Grund, weßhalb bei Injurienſachen auf Appellationssumme nicht gesehen werde, in der Unschätzbarkeit der Ehre liege, in einem Falle, wo der Verurtheilte behauptete, daß die gegen ihn gefällte Sentenz seiner Ehre einen unschätzbaren Schaden zufüge, und deßhalb zur Appellation seine Zuflucht zu nehmen versuchte, nun vor allem untersuchten: ob die Voraussetzung des Appellanten gegründet sey, und wenn dieses verneint werden

---

[1]) a. a. O. S. 237. f.

[2]) Ludolff corp. jur. can. p. 564. „sive famae aut honoris reservatio facta sit nec ne in sententia."

den Charakter der Specialität an sich trage, und daher im Zweifel das Uebergewicht habe [1]).

Ferner ist auch nicht mit Stillschweigen zu übergehen, daß nach dem Dafürhalten Mancher die Dienstbarkeit der Güter nicht so sehr, wie die Freiheit derselben von einer solchen in der Natur der Sache lieget. Jene Dienstbarkeit nämlich, behauptet man, entstehe erst aus einer Thatsache, und Thatsachen seien überhaupt von demjenigen, welcher sich auf sie berufet, zu beweisen. Der Quasibesitz könne nun vor dieser Beweislast nicht schützen, weil er die Vermuthung der Freiheit nicht aufzuheben, noch jene der Dienstbarkeit zu begründen vermöge.

Endlich will man auch die Folgerung, welche Manche aus l. 7. §. fin. de liberali causa, l. 14. ff. de prob., l. 20. Cod. eod., l. 4. in f. Cod. si serv. export. ven. gegen den Kläger machen [2]), durch den Einwand heben, daß von der persönlichen Freiheit auf jene der Güter nicht geschlossen werden dürfe.

§. 4.

Obschon nun, wie bisher gezeigt worden, nicht unbedeutende Momente für den Kläger sprechen, daß er bei der Negatorienklage, wenn auch der Beklagte sich im Besitze der streitigen Dienstbarkeit befindet, den Beweis seiner Freiheit von solcher zu übernehmen nicht verbunden sei, so neiget sich dennoch das Uebergewicht der Gründe auf die Seite des Beklagten, und befreiet diesen im unterstellten Falle von der Beweislast seines Rechtes, indem es vielmehr diese hinsichtlich der behaupteten Freiheit der fraglichen Dienstbarkeit auf den Kläger wälzet. Die oben erwähnten, dem Kläger angeblich zur Seite stehenden Gründe ruhen nämlich, wenn man sie in nähere Betrachtung

---

[1]) Thomasius, de onere probandi. §. 27.

[2]) Bei den Streitigkeiten, ob Jemand ein Freier oder ein Knecht, ein Freigelassener oder Freigeborner ist, soll der seine Freiheit Behauptende solche beweisen, wenn sein Gegner im entgegengesetzten Besitze sich befindet.

ziehet, auf ſchwächeren Stützpunkten, als man bei dem erſten Anblicke glauben möchte.

Was vorerſt die angerufene Vermuthung für die natürliche Freiheit betrifft, ſo iſt ſie nur eine allgemeine, welcher eine eben ſo allgemeine, daß nemlich der Beſitzer frei iſt von der Beweislaſt[1]), entgegenſtehet, und wer weiß nicht, daß eine Vermuthung durch eine gegentheilige in den Rechten leicht gehoben wird? Iſt nun die Negatorienklage, was nicht beſtritten werden kann, eine Klage gegen den Beſitzer, ſo muß der Kläger vorerwähnte Regel, daß der Beſitzer frei von der Beweislaſt iſt, ſo lange gegen ſich gelten laſſen, bis für einen beſtimmten Fall das Gegentheil deutlich in den Geſetzen angeordnet iſt. *arg.* l. 8. §. 3. D. si servitus vind. —

Die Freiheit des Beſitzes von der Beweislaſt iſt um ſo mehr zu behaupten, als, wiewohl nach dem Naturrechte die Freiheit des Menſchen vermuthet wird, dennoch gegen denjenigen, qui in quasi-possessione servitutis est, die perſönliche Freiheit nach beſtimmter geſetzlicher Vorſchrift bewieſen werden muß[2]), und der Einwand (ſ. oben §. 3. a. E.), was von der perſönlichen Freiheit gelte, könne auf jene der Grundſtücke nicht angewendet werden, wie unter den ältern Rechtsgelehrten Thomaſius behauptet, bei näherer Erwägung als unbegründet erſcheinet. Größer iſt nemlich die Vermuthung für die Freiheit der Perſon, als für jene der Grundſtücke, und mithin der Schluß von dem Größeren auf das Geringere gewiß gerechtfertiget. —

---

[1]) §. 4. J. de interdictis. Commodum autem possidendi in eo est, quod etiamsi ejus res non sit, qui possidet, si modo actor non poterit suam esse probare, remanet in suo loco possessio: propter quam causam, cum obscura sunt utriusque jura, contra petitorem judicari solet. — l. 80. ff. de rei vind. — Eine Vermuthung der Freiheit des Eigenthums iſt um ſo weniger allgemein gültig, als es auch beſchränktes Eigenthum giebt. Fr. 25. pr. de V. S.

[2]) L. 20. Cod. de probat. — fr. 14. ff. de prob. et praesumpt. — l. 7. 8. fin. de liberali causa.

Selbst die Regel, daß die allgemeine Vermuthung der besondern und stärkeren weichen muß, spricht hier für den Beklagten; denn es ist gewiß ein eigenes und von der Regel abweichendes specielles Verhältniß, wenn Jemand in Ansehung eines fremden Grundstücks im Besitze solcher Rechte sich befindet, welche nur dem Eigenthümer allein zustehen. Diese hier in Frage befangene Vermuthung ist also stärker, als jene des Klägers hinsichtlich der natürlichen Freiheit von der Dienstbarkeit. Auch kann nicht vermuthet werden, daß Jemanden mehr gebührt, als er hat; — und dennoch erfreut sich Kläger im unterstellten Falle nur eines beschränkten Eigenthums! — War doch auch die fragliche Vermuthung schon bei dem possessorischen Streite bekannt, und doch nicht von Wirkung gewesen: wie soll sie nun in petitorio größere Wirksamkeit erlangen?

Die fragliche Beweispflicht des Klägers, gehet in dem mehrerwähnten Falle auch aus der allgemeinen Rechtsparömie hervor, daß der Kläger seinen Klaggrund erweisen muß, und diese Regel ist hier nicht auf den Beklagten anzuwenden, weil er als Besitzer nicht gehalten sein kann, sich auf den Beweis der Rechtmäßigkeit der Erlangung seines Besitzes einzulassen. Ihm stehet vielmehr die allgemeine Rechtsregel zur Seite: „quod actore non probante, qui convenitur, etsi nihil ipse praestat, obtinebit [1])."

§. 5.

Der aus dem Satze: »quod negantis per rerum naturam simpliciter nulla sit probatio« l. 10. Cod. de non num. pec. hierher gezogene Schluß würde, wenn er ohne Ausnahme richtig war, auch zur Folge haben, daß selbst dann der Negatorienkläger von dem Beweise frei war, wenn ihm eine praesumtio vehemens entgegenstünde (denn zu Unmöglichem kann Niemand angehalten werden!), und in diesem Falle liegt ihm doch, wie allge-

[1]) l. 4. Cod. de edendo.

mein anerkannt, die Beweislaſt ob. Schon hieraus leuchtet die Unrichtigkeit des erwähnten Satzes ein, und es iſt auch an und für ſich zu erwägen, daß die Idee des Negativen äußerſt relativ iſt, und daher eigentlich nicht tauglich ſein kann, den Maßſtab bei Beſtimmung der Beweislaſt zu geben. Uebrigens wird unter dem negans nicht ſowohl derjenige verſtanden, welcher eine verneinende Behauptung vorbringt, als derjenige, welcher eine gegen ihn angeführte Thatſache widerſpricht, und bei der Negatorienklage verfolgt Kläger die Freiheit ſeines Eigenthums eigentlich affirmativ.

§. 6.

Endlich iſt es nach der Anſicht der meiſten Rechtsgelehrten älterer und neuerer Zeit dem Gerichtsgebrauche gemäß, daß der Beſitzer ſo lange geſchützt wird, bis der Gegentheil ein Anderes in petitorio ausgeführet (d. i. erwieſen) hat[1]). Und hiernach löſet ſich die dieſer Abhandlung gemachte Aufgabe dahin, daß, wenn der Beklagte ſich in dem Quaſibeſitze der Dienſtbarkeit befindet, der Kläger bei der Negatorienklage den Beweis der Freiheit von jener Dienſtbarkeit übernehmen muß[2]).

---

[1]) Mevius, decis. P. VIII. dec. 292. Heinneccius, comp. jur. ff. tit. si serv. vind. Lauterbach, colleg. theor. pract. eod. tit. §. 11.

[2]) Schweppe §. 314. a. a. O. — Seuffert Erörterungen einzelner Lehren des röm. Privatrechts. 1820. Abthl. II. Nr. XVI. — Thibaut Pand. §. 625. — Weber Klagen und Einreden. St. 2. 3. Nr. 16. u. X.

VI.

Bemerkungen über die Appellationssumme.

Von

von Linde.

Die Lehre von der Appellationssumme hat in neueſter Zeit in Pfeiffer's praktiſchen Ausführungen eine eben ſo gründliche als erſchöpfende Darſtellung gefunden. Es ſind damit die intereſſanteſten und wichtigſten Fragen einer neuen Prüfung und Erwägung unterſtellt, die zu einer Reviſion mancher Punkte Veranlaſſung geben darf. Beſondere Aufforderung hierzu fühle deßhalb ich, weil mehrere, von mir früher ſchon zu begründen verſuchte, Anſichten und Meinungen, von deren Unrichtigkeit ich mich auch noch jetzt nicht überzeugen kann, von Pfeiffer mit ſo erheblichen Gründen in Frage geſtellt ſind, daß eine Erwiederung wenigſtens dazu beitragen wird, die eine oder die andere Behauptung feſter zu begründen [1]).

[1]) Bei dieſer Gelegenheit ſey es mir erlaubt, auf eine Anzeige des zweiten Theils meines Handb. über die Lehre von den Rechtsmitteln, in den kritiſchen Jahrb. f. d. Rechtswiſſenſchaft. 6. Jahrg. 11. Bd. Leipz. 1842., worin von Herrn R. Schneider mißbilligt wird, daß ich in jenem Handbuche frühere Abhandlungen im Weſentlichen unverändert eingereiht, habe abdrucken laſſen, zu erwiedern: In der, auch in jener Anzeige wörtlich abgedruckten Vorrede zum fraglichen Buche ſchon habe ich bemerkt: wie ich auf Beleuch-

§. 1.

I. Ich beginne sogleich mit einer Bemerkung, über eine, bei der Darstellung der Lehre empfohlene Maxime, welche bedenklich scheint. Pfeiffer geht davon aus, daß das Erforder-

---

tung mehrerer, tief eingreifender, Ansichten harrte, die ich in Abhandlungen niedergelegt, zu deren Prüfung ich tüchtigere Prozessualisten eingeladen, bis dahin aber vergebens erwartet habe, und daß die Schrift durch die gehoffte Belehrung nur hätte gewinnen können. In jener Kritik ist nun nicht einmal nachzuweisen versucht, weder daß der Inhalt jener Abhandlungen in den Resultaten irrig, oder in der Entwicklung mißrathen seye, noch daß die Gegenstände nicht Theile des Handbuchs hätten werden dürfen. Wenn man mir die Fähigkeit zutraute, einen juristischen Gegenstand in der Darstellung verändert, behandeln zu können; aber auch einzusehen im Stande ist, daß nicht die Form der Darstellung, sondern der Inhalt das Hauptsächliche eines Werks der besprochenen Art ist, und daß Jemand, der Gutes, Wahres und Anwendbares mittheilen will, nicht blos Neues sagen kann; am wenigsten in einem Handbuche und am allerwenigsten; wenn der Verfasser aus einem wahrscheinlich allgemein gebilligten Grunde wichtigere Materien, bevor er sie in dem Handbuche behandelte, in der beabsichtigten Darstellung, der Prüfung des sachkundigen Publikums vorlegte, so sollte man doch auch begreifen, daß mein Verfahren, da es einem hergebrachten Gebrauche nicht nur, sondern auch einer verständigen Commentation vollkommen entspricht, wenigstens von einer Seite keinen Tadel verdiente, von welcher nur Tadeln leicht ist. Die fernere Bemerkung des obengenannten Herrn Critikus, welche so lautet: »Und was noch merkwürdiger ist, diejenigen Aufsätze, welche in den genannten Zeitschriften den Titel: Beitrag, oder Beiträge zur Lehre z. B. von der Revision, führen, erscheinen hier (im Handbuche) auf ein Mal, ohne irgend eine diese Metamorphose rechtfertigende Erweiterung erfahren zu haben, als vollständige Behandlung der fraglichen Lehren, z. B. unter der Ueberschrift: Von der Revision;« ist freilich das Merkwürdigste in der Critik. Aus meinen Schriften selbst hätte der Herr Critiker erfahren können, daß, wenn ich auch nach möglichster Vollständigkeit strebe, doch nicht die Anmaßung besitze, anzunehmen, daß ich das Ziel erreicht habe, und deßhalb hatte ich mein Handbuch nicht einen vollständigen Commentar genannt. Daß aber Beiträge zu der Lehre von der Revision, in einem Handbuche unter die Ueberschrift »von der Revision« gehören, sollte einem Critiker nicht als eine Merkwürdigkeit aufstoßen, und eine Meta-

niß einer Appellationssumme mit den Forderungen der strengen Gerechtigkeit, in der parteilosen Rechtspflege unverträglich sey; man aber von diesem mißbilligenden legislatorischen Gesichtspunkte aus, da, wo die Appellationssumme noch bestehe, die daraus hervorgehende Beschränkung der Rechtspflege in ihre engsten Grenzen zurückzudrängen suchen müsse, wobei die Gerichte — nach dem Vorgange der vormaligen reichskammergerichtlichen Praxis — das allzustrenge Festhalten an die römisch-rechtlichen Begriffe von Rechtskraft, Streitgenossenschaft, Klagenhäufung u. s. w. den Anforderungen der materiellen Gerechtigkeit, so weit es nur immer auf dem Wege der ausgedehntesten Interpretation geschehen könne, zum Opfer zu bringen haben[1]). Darüber daß, von dem legislatorischen Standpunkte aus betrachtet, das ganze Institut erheblichen Bedenklichkeiten unterliegt, war ich niemals zweifelhaft; aber wenn eine Gesetzgebung es einmal aufgenommen hat, darf der anwendende Richter so wenig, als der die Theorie entwickelnde Rechtslehrer, für den Zweck der Anwendung selbst, einen andern Gesichtspunkt wählen, als den vom positiven Gesetzgeber ange-

---

morphose dürfte er diese Behandlung des Gegenstandes nur dann nennen, wenn das gerade Gegentheil von dem Statt gefunden hätte, was getadelt worden ist. Dafür, aber auch nur dafür, daß Hr. Schneider auf einen Fehler im Abdruck aufmerksam gemacht, (es ist aber nicht Nahner statt Nahmer, sondern umgekehrt, Nahmer statt Nahner zu lesen) habe ich meinen Dank auszudrücken. Einen größern Dank würde der Herr Critikus sich verdient haben, wenn er seine Leser als zufrieden mit der Nachweisung jenes Fehlers der Setzer sich vorgestellt, und den Erwerb der vorliegenden Abhandlung nicht von dem unwillkührlichen Ankauf dieser Erwiederung abhängig gemacht hätte. — Gerne habe ich bei dieser Veranlassung von jener Critik gesprochen, weil aus der Pfeiffer'schen Arbeit jeder Critiker lernen kann, wie man mit Sachkenntniß gründlich prüfen und verbessern soll; und ich habe es wenigstens nicht verschuldet, wenn dadurch eine neue Ueberraschung bereitet wird.

[1]) Pfeiffer pract. Ausf. VI. S. 213. f.

deuteten. In dieser Richtung habe ich, so entschieden von jeher gegen das Institut selbst meine Ueberzeugung war, stets die Lehre bearbeitet, und sogar da, wo ich Beruf hatte, meine Ansicht für eine neue Gesetzgebung, welche die Fortbildung des Instituts zur Aufgabe hatte, auszusprechen war ich, durch die Nothwendigkeit, im Geiste der bestehenden Gesetzgebung zu argumentiren, gedrungen, der Meinung die Appellationssumme angemessen zu erhöhen, beizutreten, daneben aber die Erklärung niederzulegen: daß, wenn es sich um durchgreifende Verbesserungen des prozessualischen Verfahrens handle, oder um eine neue Prozeßgesetzgebung, zu rathen sey, das Institut gänzlich aufzugeben[1]). Der unmittelbar anwendende oder für die Anwendung die Gesetze erklärende Rechtsgelehrte darf, meiner Ansicht nach, unser Institut zwar in seine engsten Grenzen zurückdrängen, denn sie bestimmen den eigentlichen Kreis der Geltung; aber soll daneben eben so fest an andern rechtlichen Begriffen halten, mit deren Aufopferung die Anwendbarkeit eines Instituts gegen die Absicht der positiven Gesetze beschränkt würde. Der gefährlichste Zustand der Rechtspflege beginnt da, wo Richter in den Rechtsgelehrten die Gesetzgeber suchen, wo den Gesetzbüchern die Rechtsgelehrsamkeit unbedingt derogirt. Materiell kann damit der Zustand zwar besser; aber formell muß er nothwendig schlechter werden.

§. 2.

II. Die Bedeutung, welche Pfeiffer[2]) dem Worte

---

[1]) Mein Vortrag in d. Verhandl. der I. Kammer der Landstände des Großherzogthums Hessen von 1835 — 36. Beil. B. I. Nr. 36. S. 103. f.

[2]) a. a. O. S. 235. f. Vergl. mein Handb. üb. d. Rechtsmittel I. S. 357 — 361. Pfeiffer versteht unter »Obrigkeit« in der K. G. O. v. 1521. II. 24. §. 1. nicht blos Jurisdiktionsstreitigkeiten im weitesten Sinn, sondern auch Streitigkeiten über hoheitliche Rechte überhaupt, wobei jedoch die Beschränkung eintrete, daß dieselben nicht, als blos nutzbare Regalien, einer bestimmten Schätzung unterliegen.

„Obrigkeit" gibt, halte ich für die richtige, es scheint mir aber, daß jene „hoheitliche Rechte," welche auch unter Obrigkeit verstanden werden sollen, ebenfalls dem Begriffe von „Gerechtigkeit" subsumirt werden dürften. Wenn ich in meiner frühern Darstellung hiervon ausging, so war ich im practischen Resultate mit Pfeiffer nicht verschiedener Ansicht.

§. 3.

III. Die Behauptung Pfeiffers[1]), daß die von mir aufgestellte Regel: daß bei Injurienſachen, wenn nur nicht die actio aestimatoria angestellt, vielmehr die Klage auf Abbitte, Ehrenerklärung, Widerruf oder sonst öffentliche Bestrafung, gerichtet, keine Appellationssumme erforderlich sey, der reichsgerichtlichen Praxis nicht entspreche; ist in sofern begründet, als sich reichsgerichtliche Entscheidungen nachweisen lassen, welche die Frage: ob bei Injurienſachen Appellationssumme erforderlich sey, oder nicht? mit Unterscheidungen beantwortet haben. Diese Unterscheidungen beziehen sich aber, — abgesehen davon, daß sie den Reichsgesetzen nicht bekannt sind, und einem Gemein-Bescheide v. 1603 sogar widersprechen[2]) — nur auf die Fälle, in welchen der Injuriant als Appellant auftritt, und es sich um die Frage handelt, ob die gegen ihn erfolgte Sentenz seiner Ehre einen Schaden zufüge oder nicht? Es ist leicht erklärlich, wie die Praktiker, davon ausgehend: daß der Grund, weßhalb bei Injurienſachen auf Appellationssumme nicht gesehen werde, in der Unschätzbarkeit der Ehre liege, in einem Falle, wo der Verurtheilte behauptete, daß die gegen ihn gefällte Sentenz seiner Ehre einen unschätzbaren Schaden zufüge, und deßhalb zur Appellation seine Zuflucht zu nehmen versuchte, nun vor allem untersuchten: ob die Voraussetzung des Appellanten gegründet sey, und wenn dieses verneint werden

---

[1]) a. a. O. S. 237. f.

[2]) Ludolff corp. jur. can. p. 564. „sive famae aut honoris reservatio facta sit nec ne in sententia."

deuteten. In dieser Richtung habe ich, so entschieden von jeher gegen das Institut selbst meine Ueberzeugung war, stets die Lehre bearbeitet, und sogar da, wo ich Beruf hatte, meine Ansicht für eine neue Gesetzgebung, welche die Fortbildung des Instituts zur Aufgabe hatte, auszusprechen war ich, durch die Nothwendigkeit, im Geiste der bestehenden Gesetzgebung zu argumentiren, gedrungen, der Meinung die Appellationssumme angemessen zu erhöhen, beizutreten, daneben aber die Erklärung niederzulegen: daß, wenn es sich um durchgreifende Verbesserungen des prozessualischen Verfahrens handle, oder um eine neue Prozeßgesetzgebung, zu rathen sey, das Institut gänzlich aufzugeben[1]). Der unmittelbar anwendende oder für die Anwendung die Gesetze erklärende Rechtsgelehrte darf, meiner Ansicht nach, unser Institut zwar in seine engsten Grenzen zurückdrängen, denn sie bestimmen den eigentlichen Kreis der Geltung; aber soll daneben eben so fest an andern rechtlichen Begriffen halten, mit deren Aufopferung die Anwendbarkeit eines Instituts gegen die Absicht der positiven Gesetze beschränkt würde. Der gefährlichste Zustand der Rechtspflege beginnt da, wo Richter in den Rechtsgelehrten die Gesetzgeber suchen, wo den Gesetzbüchern die Rechtsgelehrsamkeit unbedingt derogirt. Materiell kann damit der Zustand zwar besser; aber formell muß er nothwendig schlechter werden.

§. 2.

II. Die Bedeutung, welche Pfeiffer[2]) dem Worte

---

[1]) Mein Vortrag in d. Verhandl. der I. Kammer der Landstände des Großherzogthums Hessen von 1835 — 36. Beil. B. I. Nr. 36. S. 103. f.

[2]) a. a. O. S. 235. f. Vergl. mein Handb. üb. d. Rechtsmittel I. S. 357 — 361. Pfeiffer versteht unter »Obrigkeit« in der K. G. O. v. 1521. II. 24. §. 1. nicht blos Jurisdiktionsstreitigkeiten im weitesten Sinn, sondern auch Streitigkeiten über hoheitliche Rechte überhaupt, wobei jedoch die Beschränkung eintrete, daß dieselben nicht, als blos nutzbare Regalien, einer bestimmten Schätzung unterliegen.

„Obrigkeit" gibt, halte ich für die richtige, es scheint mir aber, daß jene „hoheitliche Rechte," welche auch unter Obrigkeit verstanden werden sollen, ebenfalls dem Begriffe von „Gerechtigkeit" subsumirt werden dürften. Wenn ich in meiner frühern Darstellung hiervon ausging, so war ich im practischen Resultate mit Pfeiffer nicht verschiedener Ansicht.

§. 3.

III. Die Behauptung Pfeiffers[1]), daß die von mir aufgestellte Regel: daß bei Injuriensachen, wenn nur nicht die actio aestimatoria angestellt, vielmehr die Klage auf Abbitte, Ehrenerklärung, Widerruf oder sonst öffentliche Bestrafung, gerichtet, keine Appellationssumme erforderlich sey, der reichsgerichtlichen Praxis nicht entspreche; ist in sofern begründet, als sich reichsgerichtliche Entscheidungen nachweisen lassen, welche die Frage: ob bei Injuriensachen Appellationssumme erforderlich sey, oder nicht? mit Unterscheidungen beantwortet haben. Diese Unterscheidungen beziehen sich aber, — abgesehen davon, daß sie den Reichsgesetzen nicht bekannt sind, und einem Gemein-Bescheide v. 1603 sogar widersprechen[2]) — nur auf die Fälle, in welchen der Injuriant als Appellant auftritt, und es sich um die Frage handelt, ob die gegen ihn erfolgte Sentenz seiner Ehre einen Schaden zufüge oder nicht? Es ist leicht erklärlich, wie die Praktiker, davon ausgehend: daß der Grund, weßhalb bei Injuriensachen auf Appellationssumme nicht gesehen werde, in der Unschätzbarkeit der Ehre liege, in einem Falle, wo der Verurtheilte behauptete, daß die gegen ihn gefällte Sentenz seiner Ehre einen unschätzbaren Schaden zufüge, und deßhalb zur Appellation seine Zuflucht zu nehmen versuchte, nun vor allem untersuchten: ob die Voraussetzung des Appellanten gegründet sey, und wenn dieses verneint werden

---

[1]) a. a. O. S. 237. f.

[2]) Ludolff corp. jur. can. p. 564. „sive famae aut honoris reservatio facta sit nec ne in sententia."

mußte, die Appellation für unzuläſſig erklärten. Dieſe ganze Argumentation beruhte aber von vorn herein auf einer falſchen Unterſtellung, nämlich der, daß bei Injurienſachen darum eine Appellationsſumme nicht gefordert ſey, weil die Ehre als ein unſchätzbares Gut betrachtet werde, deſſen Werth auf keine Weiſe nach einem objectiven Maßſtabe ausgemittelt werden könne. Die Redensart, daß die Ehre ein unſchätzbares Gut ſey, hat den zweifachen Sinn, einmal, daß die Ehre zu den höchſten Gütern des Menſchen gehört, und dann, daß ſie keinen Marktpreis hat, woraus allerdings folgt, daß eine Prozeßmaxime, welche auf einen beſtimmten Geldwerth des Prozeßobjects abſolut berechnet, auf Prozeſſe über Injurien durchaus nicht anwendbar iſt. Die Reichsgeſetze zählen deßhalb Injurienſachen auch ausdrücklich zu denjenigen, welche „nicht gewiſſe Achtung (Schätzung) hätten," anerkennen daneben jedoch eine Schätzung durch den Injuriaten ſelbſt (actio aestimatoria), und betrachten in dieſem Falle deſſen Schätzungsſumme als das Streitobject. Der eigentliche Grund, weßhalb die Geſetze die Injurienſachen nicht an eine Appellationsſumme im Allgemeinen binden konnten, lag alſo in der Natur des Verhältniſſes, d. h. darin, daß ein Gegenſtande, der eine Schätzung in einem Geldwerthe nicht beſtimmt zuläßt, auch nicht nach einer Prozeßmaxime behandelt werden kann, die nur für Gegenſtände von einem beſtimmten Geldwerthe eingeführt iſt. Es liegt in der Natur der Sache, und fällt in die Begriffe, daß es durchaus unzuläſſig iſt, bei Injurienſachen von einer Appellationsſumme zu ſprechen. Sobald dagegen die Klage (actio aestimatoria) oder die Verurtheilung auf eine Geldſumme gerichtet iſt, verändert ſich die Sache; denn dann handelt es ſich wirklich um ein Object, das der Maxime, worauf das Inſtitut der Appellationsgebaut iſt, unterliegt. Aus dieſem Geſichtspunkte betrachtet, war es eben ſo folgerichtig, daß die Reichsgeſetze bei der actio aestimatoria von der Nothwendigkeit der Appellationsſumme ſprachen, als es rein geſetzwidrig und willkührlich war, wenn

Cameralschriftsteller und Reichsgerichte bei Urtheilen in Injurienſachen, welche nicht auf Geldleiſtungen gerichtet waren, dem Verurtheilten deßhalb die Appellation verſagten, weil die, ihm vermöge des Urtheils gewordenen Auflage ihn nicht an ſeiner Ehre verletze. Wenn die Eigenſchaft der Ehrenſchmälerung den einzigen Grund der Appellationsfähigkeit eines Urtheils enthielte; dann wäre die Folgerung, daß Urtheile, welche der Ehre keinen Nachtheil bringen, keine Appellation geſtatteten, richtig abgeleitet geweſen. Sollte es aus dem, von den Cameralſchriftſtellern angenommenen Grunde eine Beſchränkung der Appellation geben, ſo gehörte ſie doch offenbar nicht in die Lehre von der Appellationsſumme, und müßte durch das poſitive Recht beſtimmt eingeführt ſeyn. Eine Ableitung aus einer fälſchlich unterſtellten ratio legis reicht dazu nicht hin.

Bei dem von mir allgemein aufgeſtellten Grundſatze ging ich von der geſetzlichen, auch nicht durch den berührten Gemeine-Beſcheid von 1603 beſchränkten, Regel aus, und ließ allerdings reichsgerichtliche Entſcheidungen und Theorien der Cameralſchriftſteller unberückſichtigt, welche, meines Wiſſens weder in deutſchen Partikulargeſetzen noch in der Rechtsſprechung der Landesgerichte Beifall gefunden haben, und die ihre Widerlegung in den allgemeinſten Grundſätzen über das Inſtitut der Appellationsſumme finden mußten. Denn geht man von den ganz einfachen Sätzen aus: daß von Appellationsbeſchränkung keine Rede ſeyn kann, wo eine ſolche durch das poſitive Recht nicht beſtimmt angeordnet iſt; und daß insbeſondere die Beſchränkung durch die Appellationsſumme dort keine Anwendung findet, wo der Gegenſtand nicht auf eine Geldſumme reduzirt werden kann; ſo ergibt ſich von ſelbſt, daß alle Erkenntniſſe in Injurienſachen ſo lange appellabel ſind, als nicht ein anderer ſpezieller Beſchränkungsgrund, der in der Appellationsſumme niemals zu ſuchen iſt, nachgewieſen wird, und daß alſo die fragliche Praxis der Reichsgerichte auf irrigen Unterſtellungen und Annahmen beruhte.

§. 4.

IV. Der von mehreren Rechtsgelehrten aufgestellte Satz: daß in Sachen, welche die Ehre und den guten Ruf einer Person betreffen, auf das Vorhandenseyn der Appellationssumme nicht gesehen werde[1]), ist unbestreitbar richtig; aber nicht aus dem Grundsatze abzuleiten: weil Ehre ein unschätzbares Gut ist, sondern weil sich derselbe Grundsatz bei allen Streitobjecten, welche keinen Geldwerth haben, von selbst versteht. Bei der Anwendung der fraglichen Regel ist aber große Behutsamkeit anzuwenden, weil sonst fast in allen Streitsachen, der verlierende Theil, unter dem Vorwande: daß durch die ihn abweisende oder verurtheilende Sentenz sein moralischer Werth zweifelhaft, also seine Ehre und sein guter Ruf angetastet werde, eine Appellation, trotz vorliegender bestimmter Appellationsbeschränkungen, motiviren könnte. Wenn also der eigentliche Streitgegenstand einer solchen Schätzung, wie sie die Appellationssteuer voraussetzt, fähig ist, dann kann unter dem Vorwande der Ehrenkrängung beim Mangel der Appellationssumme die Appellation nicht für statthaft erkannt werden. In dieser Beziehung ist eine Bemerkung von Mevius sehr richtig. Er sagt: »cum quis ex rei vindicatione ob rem alienam conventus atque condemnatus allegaret, quod restitutio iniuncta furtum quoddam praesupponere, ideo sibi infamis videretur, circa appellationem hoc attendi non debere visum fuit, quod rei vindicatio aut ex ea condemnatio quidam infamiae non haberet, si quid esset, extra illam existeret, vel in opinione magis, quam veritate, consisteret[2]).«

§. 5.

V. Ueber die Frage: ob bei der Appellation gegen Zwischenerkenntnisse auch die Appellationssumme erforderlich sey, hatte ich meine Ansicht früher schon ausgesprochen[3]).

[1]) Pfeiffer a. a. O. S. 239.

[2]) Mevius Dec. IV. 46.

[3]) Handbuch üb. d. Lehre v. d. Rechtsmitteln I. S. 364. f.

Es liegt in dem wesentlichen Inhalte aller Interlocute, welche nicht gleiche Kraft als Endurtheile haben, und selbst häufig im Inhalte solcher Interlocute, welche vim definitivae haben, daß sie in Bezug auf den Hauptgegenstand der Klage unmittelbar überhaupt keine Beschwerde zufügen, und wenn dieses auch mittelbar der Fall ist, daß doch das gravamen nicht nach einem Summenwerthe in Bezug auf die Hauptsache geschätzt werden kann. Man gehe nur einmal alle Interlocute, von welchen eine Zwischenappellation statt finden kann, durch und versuche, ob es möglich ist zu bestimmen, welchen Werth die durch solche Interlocute zugefügten Beschwerden haben. Gilt nun aber in der Lehre von der Nothwendigkeit der Appellationssumme der allgemeine Grundsatz, daß dieselbe nicht nach dem Object des Streitgegenstandes, sondern nach dem Werthe der Beschwerde, d. h. nach dem Werthe desjenigen Betrages zu berechnen ist, der in Folge der beschwerlichen Verfügung als aberkannt, oder worin man als verurtheilt angesehen werden muß, so muß man doch auch wohl zugestehen, daß, sowie alsdann, wenn die, durch eine an sich appellable Verfügung des Richters zugefügte Beschwerde dem Summenwerthe nach nicht zu taxiren ist, auch die Appellation von einer solchen Verfügung möglicher Weise durch eine Appellationssumme nicht bedingt seyn kann. Hiernach liegt es also in der Natur der Beschwerden, welche zu einer Zwischenappellation Veranlassung geben können, daß dabei eine Appellationssumme gar nicht vorkommen kann, wovon selbst die von einem Beweiserkenntnisse ergriffene Appellation wenigstens in den Fällen eine Ausnahme nicht macht, in welchen nicht zugleich eventuell das Endurtheil bedingt ausgesprochen ist. In der Praxis beurtheilt man aber gewöhnlich die Zulässigkeit einer Zwischenappellation rücksichtlich der Appellationssumme danach, ob der Streitgegenstand die Appellationssumme erreicht. Allein diese Behandlungsart ist inconsequent und grundlos, denn wenn es bei der Appellation von dem Endurtheile Grundsatz ist, nur auf die summa

gravaminis zu sehen und dieses Princip deßhalb auch bei Zwischenappellationen folgerichtig zur Anwendung kommen muß, und keine Zwischenappellation ihrem Begriffe nach eine Beschwerde in Bezug auf die Aburtheilung der Hauptsache enthalten kann, so kann auch nach der Größe des Streitgegenstandes die Größe der Beschwerde, welche durch ein Interlocut zugefügt worden ist, nicht bemessen werden. Wollte man hiergegen einwenden, daß in keinem Fall die in einem Interlocut liegende Beschwerde dem Summenwerthe nach über den Werth des Streitgegenstandes hinaus verletzend seyn könne, und deßhalb, wenn der Streitgegenstand selbst nicht einmal die Appellationssumme ausmache, auch ein Interlocut der Appellationssumme nach nicht für appellabel angesehen werden könne, so ist dagegen immer wieder zu erinnern, daß alsdann der Werth der Beschwerde nicht nach dem wirklichen Ausspruche des Richters, sondern nach dem möglichen Maße der Verletzung durch das Definitivurtheil berechnet wird, und daß nicht von dem Gewichte der Beschwerde, sondern von dem Werthe des Streitgegenstandes die Appellabilität einer Zwischenverfügung abhängen würde, so daß bei kleinerem Streitobjecte auch nicht von den willkührlichsten, bei größerem Streitobjecte aber von jedem Interlocute appellirt werden könnte. Pfeiffer[1]) geht nun von der entgegengesetzten Ansicht aus, diese dadurch begründend: 1) daß die von mir selbst für die von mir mißbilligte Lehre angeführte Argumentation: daß die Quellen des gemeinen deutschen Prozesses die Appellationssumme als eine Voraussetzung bei allen Appellationen, ohne zwischen Appellationen von Endurtheilen und Interlocuten zu unterscheiden, angenommen, und für die Zwischenappellationen keine Ausnahme von jener Regel aufgestellt haben, so klar sey, daß sie in der gleichmäßigen Anwendung auf den Fall der Extrajudicialappellation wohl nur mittelst nicht minder einleuchtender und ganz

[1]) a. a. O. S. 247. f.

überwiegender Gegengründe habe widerlegt werden können. Der einzige Gegengrund aber, womit ich die von mir gebilligte Ansicht, daß bei Extrajudizialappellationen keine Appellationssumme für nöthig zu halten sey, unterstütze, sey die von mir unterstellte Unschätzbarkeit des Inhalts der Beiurtheile (Interlocute im weitesten Sinne) überhaupt. Allein vor allem müsse jener Vordersatz, „daß es in dem wesentlichen Inhalte aller Interlocute liege, daß sie in Bezug auf den Hauptgegenstand der Klage unmittelbar überhaupt keine Beschwerde zufügten, und wenn dieses auch mittelbar der Fall sey, doch das gravamen nicht nach dem Summenwerth in Bezug auf die Hauptsache geschätzt werden könne, wornach es also in der Natur der Beschwerden, welche zu einer Zwischenappellation Veranlassung geben können, liege, daß dabei eine Appellationssumme gar nicht vorkommen könne," gänzlich in Abrede gestellt werden; und dieses soll sich am anschaulichsten 2) gerade in Anwendung auf den, von mir hervorgehobenen Fall eines Beweiserkenntnisses, in welchem nicht zugleich eventuell das Endurtheil ausgesprochen ist, ergeben, in welcher Beziehung Pfeiffer bemerkt: „denn wer möchte wohl behaupten, daß die durch eine Beweisauflage über das Klagfactum oder die Verwerfung eines deßfallsigen Beweismittels in den Werth von nur einigen Thalern betreffenden Streitsache einem der streitenden Theile namentlich zugefügte Beschwerde nicht wenigstens die negative Schätzung zuließe, daß deren Werth jedenfalls nicht höher, als der ganze Streitgegenstand, und eine durch dessen Ab- und Zuerkennung veranlaßte Beschwerde angeschlagen werden könne, indem ja ein solches, auf den factischen Klaggrund beschränktes, Interlocut, wenn es nicht im Wege der Appellation (sofern diese überhaupt gegen dergleichen Zwischenerkenntnisse zugelassen wird) angefochten werden könnte, und also in Rechtskraft überginge, im endlichen Erfolge doch nur die Ab- und Zuerkennung des Streitgegenstandes nach sich ziehen würde. Aber eben dieses, daß man gewöhnlich in der Praxis danach,

ob der Streitgegenstand die Appellationssumme erreiche, die Zulässigkeit einer Zwischenappellation rücksichtlich dieser Summe beurtheile, erklärt Linde ausdrücklich für eine inconsequente und grundlose Behandlungsart, und spricht sich noch an einer andern Stelle, auf das Bestimmteste dahin aus, daß in Fällen, wo ein Beweismittel verworfen oder ein Beweisinterlocut gesprochen, und dagegen Appellation ergriffen worden, nur der Betrag des Streitgegenstandes bei der Entscheidung über die Zulässigkeit der Appellation nie berücksichtigt werden dürfe; auch für jene Behauptung bringt er jedoch kein anderes Argument bei, als daß keine Zwischenappellation ihrem Begriffe nach eine Beschwerde in Bezug auf die Aburtheilung der Hauptsache enthalten, und daher auch nach der Größe des Streitgegenstandes die Größe der Beschwerde, welche durch ein Interlocut zugefügt worden sey, nicht bemessen werden könne; aber eben davon ist das Gegentheil an dem angeführten Beispiele recht praktisch gezeigt. Ueberdieß braucht man nicht einmal stets auf den Werth des Streitgegenstandes zurückzugehen, um zu einer gewissen Schätzung der Beschwerde über ein Beweiserkenntniß zu gelangen, da, wenn z. B. das Interlocut nach der Ansicht des Appellanten in zu beschränktem Umfange abgefaßt, insonderheit, ein nach bestimmten Geldwerthe anzuschlagender Theil des Klagobjectes davon ausgeschlossen worden, oder wenn dasselbe nur eine einzelne Einrede von bestimmterem Werthe (etwa die der Zahlung) zum Gegenstande hätte, eine selbstständige Schätzung des Werthes der durch das Interlocut zugefügten Beschwerde ganz offenbar stattfände; doch gehört eine Betrachtung des vorliegenden Streitpunktes aus diesem Gesichtspunkte gar nicht hierher, wo nur von dem Erfordernisse der Appellationssumme die Rede ist, sondern erst zu der Lehre von der Berechnung dieser Summe, und den dabei zu befolgenden Grundsätzen; und ebendaselbst wird auch, was Linde zur Widerlegung des in der obigen Ausführung begründeten Einwandes (S. 366.) weiter sagt, seine

gänzliche Erledigung finden; wobei ich jedoch vorläufig bemerke, daß der aus jener Ausführung gezogene, und als irrig vorausgesetzte, Folgesatz: es werde, wenn man die Appellabilität einer Zwischenverfügung von dem Werthe des Streitgegenstandes abhängen lassen wollte, „bei kleinerem Streitobjecte auch nicht von den willkührlichsten, bei größerem Streitobjecte aber von jedem Interlocute, appellirt werden können," als vollkommen richtig anerkannt, zugleich aber auch als den allgemeinen Grundsätzen des Prozeßrechtes entsprechend behauptet werden müsse, indem, wenn die Willkührlichkeit eines Erkenntnisses für entscheidend für dessen Appellabilität selbst bei dem Mangel der Appellationssumme (abgesehen von einer etwa zu begründenden Nichtigkeitsbeschwerde) gehalten werden sollte, man hiermit gerade auf das Princip der ältern Praxis von der unbedingten Appellabilität der eine manifesta injustitia enthaltenden Erkenntnisse, dessen Ungrund aber bereits dargelegt worden ist, zurückkommen würde, und umgekehrt, wenn man bei einer ihrem Werthe nach zur höheren Instanz erwachsenen Sache nicht gegen jedes (an sich appellable) Interlocut, sofern die dadurch gesicherte Beschwerde, einer Schätzung nach dem obigen Maßstabe fähig ist, und hiernach die Appellationssumme erreicht, zulassen wollte, dadurch nicht selten das endliche Schicksal der allerwichtigsten Streitsachen lediglich von dem Urtheile des Richters der untersten Instanz, welcher durch sein, nach jener Voraussetzung inappellables, Interlocut dem Inhalte des künftigen Enderkenntnisses eine unabweichbare Norm vorschriebe, abhängig gemacht werden würde."

Hiergegen habe ich zunächst zu bemerken: daß Pfeiffer Appellationen gegen Beiurtheile und Extrajudicialappellationen im §. 14. seiner Darstellung zu identificiren scheint, und in diesem Paragraphen in der That hauptsächlich von Extrajudicialappellationen spricht, doch wieder im §. 15. von Extrajudicialappellationen so redet, als wenn im §. 14. von eigentli-

chen Interlocuten und Zwischenerkenntnissen gehandelt sey. Daß ich außerdem zum Theil andere Begriffe mit den Ausdrücken Zwischenerkenntniß und Extrajudicialappellationen, als Pfeiffer, verbinde, geht aus meinen Entwicklungen der betreffenden Lehren in meinem Handbuche über die Rechtsmittel hervor, worauf ich hier verweisen darf. Sodann wird man, bei näherer Betrachtung der Begründung meiner Ansicht sich überzeugen, wie daraus: daß die Quellen des gemeinen Prozeßrechts die Appellationssumme ohne Unterscheidung bei allen Appellationen voraussetzen, doch nicht gefolgert werden darf, daß nun von keinem Bescheide appellirt werden dürfe, der nicht im Betrage der Appellationssumme beschwere, sondern daß diese Folgerung nothwendig noch durch die Voraussetzung bedingt ist, daß der Hauptgegenstand der Klage nicht blos jene Schätzung zulasse, welche die Möglichkeit der Annahme einer Appellationssumme überhaupt voraussetzt, sondern daß der Bescheid auch in Bezug auf einen so beschaffenen Klagegegenstand eine Beschwerde im Betrage der Appellationssumme durch Ab- oder Zuerkennen des Betrages wirklich zufüge. Diese Voraussetzungen bedingen absolut die Anwendbarkeit der Appellationsbeschränkung, welche in der Appellationssumme liegt; und deren Vorhandenseyn habe ich bei Zwischenappellationen in Abrede gestellt. Was Pfeiffer dagegen anführt, scheint mir nichts mehr zu beweisen, als, daß Zwischenappellationen in ihrem Erfolge einer Partei einen Nutzen oder Schaden im Werthe der Appellationssumme zufügen können, und daß sich dieser Vortheil oder Nachtheil auch meistens genau mit Rücksicht auf den Werth des Streitgegenstandes bemessen läßt; aber gerade das, daß auf diese Weise der Werth einer Beschwerde zum Zwecke der Berechnung der Appellationssumme nicht berechnet werden darf, habe ich in meiner vorhin referirten Ausführung nachzuweisen gesucht, und diese Ausführung ist weder allgemein als unrichtig nachgewiesen, noch ist deren Unrichtigkeit mit dem Beispiele von dem Beweiserkenntnisse practisch dargelegt;

denn dabei ist immer der Streitgegenstand, und der mögliche Werth einer Beschwerde, mit der Beschwerde selbst verwechselt. Wenn in der jenseitigen Darstellung ferner vorausgesetzt wird: daß ich durch die von mir gezogene Folgerung: „es werde wenn man die Appellabilität einer Zwischenverfügung von dem Werthe des Streitgegenstandes abhängen lassen wolle, bei kleinerem Streitobjecte auch nicht von der willkührlichsten, bei größerem Streitobjecte aber von jedem Interlocute appellirt werden können" wieder auf das Princip der ältern Praxis von der unbedingten Appellabilität der eine manifesta iniustitia enthaltenden Erkenntnisse, zurückkommen; so ist dagegen zu bemerken: daß ich nirgends die Willkührlichkeit einer Entscheidung als Criterium der Appellabilität behauptet, sondern durch jene Folgerung nur eine große Bedenklichkeit, worauf jene Theorie führe, bemerkbar gemacht, m. a. W. darauf aufmerksam zu machen suchte, zu welchen Consequenzen eine im Grundsatz falsche Theorie führe. Das Schlußargument in der Pfeiffer'schen Darstellung: „wenn man bei einer ihrem Werthe nach zur höhern Instanz erwachsenen Sache nicht gegen jedes (an sich appellable) Interlocut, sofern die dadurch zugefügte Beschwerde einer Schätzung nach dem obigen Maßstabe fähig ist, und hiernach die Appellationssumme erreicht, zulassen wollte, dadurch nicht selten das endliche Schicksal der allerwichtigsten Streitsachen lediglich von dem Urtheile des Richters der untersten Instanz, welcher durch sein, nach jener Voraussetzung inappellables Interlocut dem Inhalte des künftigen Enderkenntnisses eine unabweichbare Norm vorschriebe, abhängig gemacht werden würde;" trifft meine Entwicklung eigentlich nicht; führt mich aber zu einer Bemerkung über den wahrscheinlichen Grund der Meinungsverschiedenheit in der vorliegenden Sache. Das Bestreben, die Zulässigkeit der Zwischenerkenntnisse an das Daseyn der Appellationssumme zu binden, und diese selbst auf eine so eigenthümliche Weise zu ermitteln, scheint seinen Grund

in der Besorgniß zu haben, daß nach der von mir vertheidigten Theorie der unbedingten Appellabilität ohne Rücksicht auf Appellationssumme, die Zwischenappellationen unverhältnißmäßig vermehrt, und selbst in jenen Fällen, in welchen gegen Endurtheile in der Hauptsache, wegen Mangels der Appellationssumme, die Appellation unstatthaft ist, von Zwischenerkenntnissen überall appellirt werden dürfe. Allein diese Besorgnisse sind übertrieben, und dabei die nothwendig zu berücksichtigenden Gesichtspunkte nicht gehörig beachtet. Man muß sich die Natur der Zwischenerkenntnisse, ihre Appellabilität, ihre prozessualische Behandlung nach den Quellen des Reichsprozesses gehörig vergegenwärtigen, um die Ueberzeugung zu gewinnen, daß es durchaus unzulässig erscheint, diese Zwischenerkenntnisse und die dagegen zu ergreifende Appellation nur nach Grundsätzen der Appellation von Endurtheilen, auch nur bezüglich der Appellationssumme, zu beurtheilen, zumal die eigentlich gültige Theorie über die prozessualische Behandlung der Zwischenerkenntnisse eben so, wie das Institut der Appellationssumme, in dem gemeinrechtlichen System hauptsächlich und beziehungsweise ausschließlich das Werk der Reichsgesetzgebung war, und doch nicht angenommen werden darf, daß von dem einen Institute Grundsätze gelten sollen, die dem andern geradezu widersprochen hätten, und dabei gleichwohl vorausgesetzt worden wäre, daß so widerstrebende Bestimmungen gleichzeitig miteinander zur Anwendung gebracht werden sollten.

Betrachtet man die Lehre von der Appellationssumme in ihrem ganzen Zusammenhange, so ergibt sich, daß diese Appellationsbeschränkung nur bei jenen Erkenntnissen statthaft ist, wo die Frage entsteht: ob eine iniusta *condemnatio* vorhanden sey. Diese Frage setzt aber ein Definitiv-Erkenntniß, und ein Rechtsmittel voraus, wodurch der höhere Richter ausschließlich competent wird. Bei Appellationen von Zwischenurtheilen, welche als selbstständige Rechtsmittel verfolgt werden dürfen; — und von diesen reden wir allein — ist aber davon, ob eine

iniusta condemnatio vorhanden sei, gar die Rede nicht, sondern blos davon: ob der iudex a quo ein gravamen zugefügt habe? Darum hat diese Appellation das Eigenthümliche, daß der gravirende Richter selbst die Beschwerde heben darf, weßhalb die Sache zur Competenz des Appellationsrichters erst dann erwächst, wenn der Unterrichter das Gravamen nicht heben will. Daher gelten hier ganz abweichende Bestimmungen über Suspensiveffect, über Attentate, Nova sind unzulässig, die Beschwerden müssen sogleich und schriftlich eingereicht werden, u. dergl m.[1]). Diese eigenthümlichen, mit dem Zwecke und der Bedeutung der Appellationssumme nicht vereinbaren, zunächst aus dem canon. Rechte hervorgegangenen Bestimmungen, wurden aber durch die Reichsgesetzgebung dann noch bestätigt und wiederholt[2]), als das Institut der Appellationssumme längst eingeführt und ausgebildet war. Wenn man in der Praxis freilich diese gesetzliche Theorie von den Zwischenappellationen allmählig gänzlich übersah, und in Fällen der Appellation von Zwischenurtheilen alle Grundsätze der Appellation von Endurtheilen anwendete, dann war es erklärlich, wie man auch Gründe aufzustellen suchte, die Nothwendigkeit einer Appellationssumme dafür zu beweisen; aber man dürfte, von der richtigen Theorie des Instituts der Zwischenappellationen ausgehend, nun doch folgerichtig zu den von mir vertheidigten Grundsätzen gelangen.

§. 6.

Daß die Ansichten und Grundsätze in Theorie und Praxis sehr abweichend und unbestimmt sind, läßt sich bei der Schwierigkeit, den Gegenstand unter dem richtigen Gesichtspunkte aufzufassen, leicht erklären; aber interessant ist es, wenn man

---

[1]) Mein Handb. üb. d. Rechtsmittel II. §. 218. Mein Lehrb. d. Civilproz. §. 412.

[2]) Notariatsord. v. 1512. IV. 1. C. G. O. v. 1555. II. 29. §. 4. R. A. v. 1570. §. 91. R. A. v. 1594. §. 94. O. A. v. 1600. §. 113. J. R. A. §. 58. 70.

sieht, wie gute Praktiker und viele Gerichte dem gefühlten Bedürfnisse, die Appellationssumme zu beseitigen, zu entsprechen wußten. So hat unter andern Spangenberg[1]) durch die Feststellung eines umfassenden Begriffs von Beschwerde (simplex querela) und außergerichtliche Appellation, wobei auch nach ihm auf das Vorhandenseyn der Appellationssumme nicht gesehen wird, Fälle eigentlicher Zwischenappellation berücksichtigt. Er bemerkt: wenn die Verletzungen, welche einer Partei in Bezug auf eine streitige Rechtssache zugefügt sind, darin bestehen, daß der Richter, ehe und bevor ein contradictorisches Verfahren eröffnet, wo also noch kein Gegner im Prozeß vorhanden war, z. B. durch Verweigerung der Justiz, wohin auch der Fall zu rechnen ist, wenn eine Klage sofort oder in angebrachter Masse a limina iudicii zurückgewiesen wird, oder die gewählte Prozeßart sofort, und ohne den Gegner zu hören, als unzulässig verworfen würde, oder selbst bei Gelegenheit des contradictorischen Verfahrens einer Partei eine Verletzung zufügte, wodurch dem Gegner kein Recht erworben werden könnte, z. B. durch ertheilte Verweise; oder endlich wenn er sich einer Verzögerung der Justiz schuldig macht, dann ist der Richter selbst als angegriffener Theil zu betrachten, es reichen mithin einfache gegen denselben zu richtende, und bei dem nächsten Obergerichte anzubringende Beschwerden (querelae simplices) hin, welche weder an Nothfristen, noch an das Daseyn einer appellablen Summe gebunden sind.

Selbst einer außergerichtlichen Appellation (appellatio extrajudicalis) bedarf es in dem letztern Falle nicht. Wie sehr der Umfang dieses durch das canonische Recht eingeführten, und die Reichsgesetzgebung einigermaßen beschränkten Rechtsmittels, bestritten ist, ergeben die Ausführungen der Proceßlehrer; mit Recht ist daher ihr im Allgemeinen durch unser Gesetz die einfache Beschwerde (querela simplex) selbst in dem Falle subsidi-

[1]) Commentar zur P. O. für Hannover 1830. Abthl. 2. §. 142.

tuirt, wo der Richter ohne den Gegner gehört zu haben, die angestellte Klage sofort oder in angebrachter Maaßen, oder die gewählte Proceßart sofort verwarf, denn auch in diesem Falle, wo noch kein Gegner existirte, ist der Richter allein als diejenige Partei zu betrachten, gegen welche die Beschwerde gerichtet ist, und es würde unangemessen gewesen seyn, diese Beschwerde an eine Interpositions- und Introductionsfrist zu knüpfen, weil einseitige Verfügungen solcher Art, nach Maßgabe processualischer Grundsätze, keiner Rechtskraft fähig sind, und auch, dem bis dahin noch nicht in den Proceß gezogenen Gegner, aus einer etwaigen Versäumniß des letzten Imploranten kein Recht im Processe erwachsen konnte. Auch wäre solches dann besonders bedenklich gewesen, wenn man, wie einige Rechtslehrer wollen, das Dasein einer appellablen Summe, zur Anbringung einer solchen Beschwerde, in der Form einer s. g. Extrajudicialappellation, vorausgesetzt haben würde, weil unser Gesetz in nicht appellablen Sachen nur die Supplication zuläßt, und es schwerlich zu erwarten gewesen seyn dürfte, daß die durch die sofortige Zurückweisung der Klage oder gewählter Proceßart beschränkte Partei, auf dem Wege einer Extrajudicialsupplication den Richter zur Veränderung der einmal gefaßten Ansicht, bewogen haben würde. Viel zweckmäßiger ist also auch in diesem Falle der beschwerten Partei durch die Befugniß einer einfachen Beschwerde, ohne Rücksicht auf Interposition und Introduction, und ohne, daß es auf das Daseyn einer appellablen Summe ankommt, geholfen; denn da diese sofort an den nächsten Oberrichter zu bringen ist, so wird gegründeten Beschwerden über Verletzungen solcher Art, hiedurch am sichersten und leichtesten abgeholfen werden können.

§. 7.

Um in der Anwendung die Unzuträglichkeiten zu beseitigen, welche daraus entstehen, wenn man auch bei Zwischenappellationen und Extrajudicialappellationen eine Appellations-

gravaminis zu sehen und dieses Princip deßhalb auch bei Zwischenappellationen folgerichtig zur Anwendung kommen muß, und keine Zwischenappellation ihrem Begriffe nach eine Beschwerde in Bezug auf die Aburtheilung der Hauptsache enthalten kann, so kann auch nach der Größe des Streitgegenstandes die Größe der Beschwerde, welche durch ein Interlocut zugefügt worden ist, nicht bemessen werden. Wollte man hiergegen einwenden, daß in keinem Fall die in einem Interlocut liegende Beschwerde dem Summenwerthe nach über den Werth des Streitgegenstandes hinaus verletzend seyn könne, und deßhalb, wenn der Streitgegenstand selbst nicht einmal die Appellationssumme ausmache, auch ein Interlocut der Appellationssumme nach nicht für appellabel angesehen werden könne, so ist dagegen immer wieder zu erinnern, daß alsdann der Werth der Beschwerde nicht nach dem wirklichen Ausspruche des Richters, sondern nach dem möglichen Maße der Verletzung durch das Definitivurtheil berechnet wird, und daß nicht von dem Gewichte der Beschwerde, sondern von dem Werthe des Streitgegenstandes die Appellabilität einer Zwischenverfügung abhängen würde, so daß bei kleinerem Streitobjecte auch nicht von den willkührlichsten, bei größerem Streitobjecte aber von jedem Interlocute appellirt werden könnte. Pfeiffer[1]) geht nun von der entgegengesetzten Ansicht aus, diese dadurch begründend: 1) daß die von mir selbst für die von mir mißbilligte Lehre angeführte Argumentation: daß die Quellen des gemeinen deutschen Prozesses die Appellationssumme als eine Voraussetzung bei allen Appellationen, ohne zwischen Appellationen von Endurtheilen und Interlocuten zu unterscheiden, angenommen, und für die Zwischenappellationen keine Ausnahme von jener Regel aufgestellt haben, so klar sey, daß sie in der gleichmäßigen Anwendung auf den Fall der Extrajudicialappellation wohl nur mittelst nicht minder einleuchtender und ganz

[1]) a. a. O. S. 247. f.

überwiegender Gegengründe habe widerlegt werden können. Der einzige Gegengrund aber, womit ich die von mir gebilligte Ansicht, daß bei Extrajudizialappellationen keine Appellationssumme für nöthig zu halten sey, unterstütze, sey die von mir unterstellte Unschätzbarkeit des Inhalts der Beiurtheile (Interlocute im weitesten Sinne) überhaupt. Allein vor allem müsse jener Vordersatz, „daß es in dem wesentlichen Inhalte aller Interlocute liege, daß sie in Bezug auf den Hauptgegenstand der Klage unmittelbar überhaupt keine Beschwerde zufügten, und wenn dieses auch mittelbar der Fall sey, doch das gravamen nicht nach dem Summenwerth in Bezug auf die Hauptsache geschätzt werden könne, wornach es also in der Natur der Beschwerden, welche zu einer Zwischenappellation Veranlassung geben können, liege, daß dabei eine Appellationssumme gar nicht vorkommen könne," gänzlich in Abrede gestellt werden; und dieses soll sich am anschaulichsten 2) gerade in Anwendung auf den, von mir hervorgehobenen Fall eines Beweiserkenntnisses, in welchem nicht zugleich eventuell das Endurtheil ausgesprochen ist, ergeben, in welcher Beziehung Pfeiffer bemerkt: „denn wer möchte wohl behaupten, daß die durch eine Beweisauflage über das Klagfactum oder die Verwerfung eines deßfallsigen Beweismittels in den Werth von nur einigen Thalern betreffenden Streitsache einem der streitenden Theile namentlich zugefügte Beschwerde nicht wenigstens die negative Schätzung zuließe, daß deren Werth jedenfalls nicht höher, als der ganze Streitgegenstand, und eine durch dessen Ab- und Zuerkennung veranlaßte Beschwerde angeschlagen werden könne, indem ja ein solches, auf den factischen Klaggrund beschränktes, Interlocut, wenn es nicht im Wege der Appellation (sofern diese überhaupt gegen dergleichen Zwischenerkenntnisse zugelassen wird) angefochten werden könnte, und also in Rechtskraft überginge, im endlichen Erfolge doch nur die Ab- und Zuerkennung des Streitgegenstandes nach sich ziehen würde. Aber eben dieses, daß man gewöhnlich in der Praxis danach,

ob der Streitgegenstand die Appellationssumme erreiche, die Zulässigkeit einer Zwischenappellation rücksichtlich dieser Summe beurtheile, erklärt Linde ausdrücklich für eine inconsequente und grundlose Behandlungsart, und spricht sich noch an einer andern Stelle, auf das Bestimmteste dahin aus, daß in Fällen, wo ein Beweismittel verworfen oder ein Beweisinterlocut gesprochen, und dagegen Appellation ergriffen worden, nur der Betrag des Streitgegenstandes bei der Entscheidung über die Zulässigkeit der Appellation nie berücksichtigt werden dürfe; auch für jene Behauptung bringt er jedoch kein anderes Argument bei, als daß keine Zwischenappellation ihrem Begriffe nach eine Beschwerde in Bezug auf die Aburtheilung der Hauptsache enthalten, und daher auch nach der Größe des Streitgegenstandes die Größe der Beschwerde, welche durch ein Interlocut zugefügt worden sey, nicht bemessen werden könne; aber eben davon ist das Gegentheil an dem angeführten Beispiele recht praktisch gezeigt. Ueberdieß braucht man nicht einmal stets auf den Werth des Streitgegenstandes zurückzugehen, um zu einer gewissen Schätzung der Beschwerde über ein Beweiserkenntniß zu gelangen, da, wenn z. B. das Interlocut nach der Ansicht des Appellanten in zu beschränktem Umfange abgefaßt, insonderheit, ein nach bestimmten Geldwerthe anzuschlagender Theil des Klagobjectes davon ausgeschlossen worden, oder wenn dasselbe nur eine einzelne Einrede von bestimmterem Werthe (etwa die der Zahlung) zum Gegenstande hätte, eine selbstständige Schätzung des Werthes der durch das Interlocut zugefügten Beschwerde ganz offenbar stattfände; doch gehört eine Betrachtung des vorliegenden Streitpunktes aus diesem Gesichtspunkte gar nicht hierher, wo nur von dem Erfordernisse der Appellationssumme die Rede ist, sondern erst zu der Lehre von der Berechnung dieser Summe, und den dabei zu befolgenden Grundsätzen; und ebendaselbst wird auch, was Linde zur Widerlegung des in der obigen Ausführung begründeten Einwandes (S. 366.) weiter sagt, seine

gänzliche Erledigung finden; wobei ich jedoch vorläufig bemerke, daß der aus jener Ausführung gezogene, und als irrig vorausgesetzte, Folgesatz: es werde, wenn man die Appellabilität einer Zwischenverfügung von dem Werthe des Streitgegenstandes abhängen lassen wollte, „bei kleinerem Streitobjecte auch nicht von den willkührlichsten, bei größerem Streitobjecte aber von jedem Interlocute, appellirt werden können," als vollkommen richtig anerkannt, zugleich aber auch als den allgemeinen Grundsätzen des Prozeßrechtes entsprechend behauptet werden müsse, indem, wenn die Willkührlichkeit eines Erkenntnisses für entscheidend für dessen Appellabilität selbst bei dem Mangel der Appellationssumme (abgesehen von einer etwa zu begründenden Nichtigkeitsbeschwerde) gehalten werden sollte, man hiermit gerade auf das Princip der ältern Praxis von der unbedingten Appellabilität der eine manifesta injustitia enthaltenden Erkenntnisse, dessen Ungrund aber bereits dargelegt worden ist, zurückkommen würde, und umgekehrt, wenn man bei einer ihrem Werthe nach zur höheren Instanz erwachsenen Sache nicht gegen jedes (an sich appellable) Interlocut, sofern die dadurch gesicherte Beschwerde, einer Schätzung nach dem obigen Maßstabe fähig ist, und hiernach die Appellationssumme erreicht, zulassen wollte, dadurch nicht selten das endliche Schicksal der allerwichtigsten Streitsachen lediglich von dem Urtheile des Richters der untersten Instanz, welcher durch sein, nach jener Voraussetzung inappellables, Interlocut dem Inhalte des künftigen Enderkenntnisses eine unabweichbare Norm vorschriebe, abhängig gemacht werden würde."

Hiergegen habe ich zunächst zu bemerken: daß Pfeiffer Appellationen gegen Beiurtheile und Extrajudicialappellationen im §. 14. seiner Darstellung zu identificiren scheint, und in diesem Paragraphen in der That hauptsächlich von Extrajudicialappellationen spricht, doch wieder im §. 15. von Extrajudicialappellationen so redet, als wenn im §. 14. von eigentli-

chen Interlocuten und Zwischenerkenntnissen gehandelt sey. Daß ich außerdem zum Theil andere Begriffe mit den Ausdrücken Zwischenerkenntniß und Extrajudicialappellationen, als Pfeiffer, verbinde, geht aus meinen Entwicklungen der betreffenden Lehren in meinem Handbuche über die Rechtsmittel hervor, worauf ich hier verweisen darf. Sodann wird man, bei näherer Betrachtung der Begründung meiner Ansicht sich überzeugen, wie daraus: daß die Quellen des gemeinen Prozeßrechts die Appellationssumme ohne Unterscheidung bei allen Appellationen voraussetzen, doch nicht gefolgert werden darf, daß nun von keinem Bescheide appellirt werden dürfe, der nicht im Betrage der Appellationssumme beschwere, sondern daß diese Folgerung nothwendig noch durch die Voraussetzung bedingt ist, daß der Hauptgegenstand der Klage nicht blos jene Schätzung zulasse, welche die Möglichkeit der Annahme einer Appellationssumme überhaupt voraussetzt, sondern daß der Bescheid auch in Bezug auf einen so beschaffenen Klagegegenstand eine Beschwerde im Betrage der Appellationssumme durch Ab- oder Zuerkennen des Betrages wirklich zufüge. Diese Voraussetzungen bedingen absolut die Anwendbarkeit der Appellationsbeschränkung, welche in der Appellationssumme liegt; und deren Vorhandenseyn habe ich bei Zwischenappellationen in Abrede gestellt. Was Pfeiffer dagegen anführt, scheint mir nichts mehr zu beweisen, als, daß Zwischenappellationen in ihrem Erfolge einer Partei einen Nutzen oder Schaden im Werthe der Appellationssumme zufügen können, und daß sich dieser Vortheil oder Nachtheil auch meistens genau mit Rücksicht auf den Werth des Streitgegenstandes bemessen läßt; aber gerade das, daß auf diese Weise der Werth einer Beschwerde zum Zwecke der Berechnung der Appellationssumme nicht berechnet werden darf, habe ich in meiner vorhin referirten Ausführung nachzuweisen gesucht, und diese Ausführung ist weder allgemein als unrichtig nachgewiesen, noch ist deren Unrichtigkeit mit dem Beispiele von dem Beweiserkenntnisse practisch dargelegt;

denn dabei ist immer der Streitgegenstand, und der mögliche Werth einer Beschwerde, mit der Beschwerde selbst verwechselt. Wenn in der jenseitigen Darstellung ferner vorausgesetzt wird: daß ich durch die von mir gezogene Folgerung: „es werde wenn man die Appellabilität einer Zwischenverfügung von dem Werthe des Streitgegenstandes abhängen lassen wolle, bei kleinerem Streitobjecte auch nicht von der willkührlichsten, bei größerem Streitobjecte aber von jedem Interlocute appellirt werden können" wieder auf das Princip der ältern Praxis von der unbedingten Appellabilität der eine manifesta iniustitia enthaltenden Erkenntnisse, zurückkommen; so ist dagegen zu bemerken: daß ich nirgends die Willkührlichkeit einer Entscheidung als Criterium der Appellabilität behauptet, sondern durch jene Folgerung nur eine große Bedenklichkeit, worauf jene Theorie führe, bemerkbar gemacht, m. a. W. darauf aufmerksam zu machen suchte, zu welchen Consequenzen eine im Grundsatz falsche Theorie führe. Das Schlußargument in der Pfeiffer'schen Darstellung: „wenn man bei einer ihrem Werthe nach zur höhern Instanz erwachsenen Sache nicht gegen jedes (an sich appellable) Interlocut, sofern die dadurch zugefügte Beschwerde einer Schätzung nach dem obigen Maßstabe fähig ist, und hiernach die Appellationssumme erreicht, zulassen wollte, dadurch nicht selten das endliche Schicksal der allerwichtigsten Streitsachen lediglich von dem Urtheile des Richters der untersten Instanz, welcher durch sein, nach jener Voraussetzung inappellables Interlocut dem Inhalte des künftigen Enderkenntnisses eine unabweichbare Norm vorschriebe, abhängig gemacht werden würde;" trifft meine Entwicklung eigentlich nicht; führt mich aber zu einer Bemerkung über den wahrscheinlichen Grund der Meinungsverschiedenheit in der vorliegenden Sache. Das Bestreben, die Zulässigkeit der Zwischenerkenntnisse an das Daseyn der Appellationssumme zu binden, und diese selbst auf eine so eigenthümliche Weise zu ermitteln, scheint seinen Grund

in der Besorgniß zu haben, daß nach der von mir vertheidigten Theorie der unbedingten Appellabilität ohne Rücksicht auf Appellationssumme, die Zwischenappellationen unverhältnißmäßig vermehrt, und selbst in jenen Fällen, in welchen gegen Endurtheile in der Hauptsache, wegen Mangels der Appellationssumme, die Appellation unstatthaft ist, von Zwischenerkenntnissen überall appellirt werden dürfe. Allein diese Besorgnisse sind übertrieben, und dabei die nothwendig zu berücksichtigenden Gesichtspunkte nicht gehörig beachtet. Man muß sich die Natur der Zwischenerkenntnisse, ihre Appellabilität, ihre prozessualische Behandlung nach den Quellen des Reichsprozesses gehörig vergegenwärtigen, um die Ueberzeugung zu gewinnen, daß es durchaus unzulässig erscheint, diese Zwischenerkenntnisse und die dagegen zu ergreifende Appellation nur nach Grundsätzen der Appellation von Endurtheilen, auch nur bezüglich der Appellationssumme, zu beurtheilen, zumal die eigentlich gültige Theorie über die prozessualische Behandlung der Zwischenerkenntnisse eben so, wie das Institut der Appellationssumme, in dem gemeinrechtlichen System hauptsächlich und beziehungsweise ausschließlich das Werk der Reichsgesetzgebung war, und doch nicht angenommen werden darf, daß von dem einen Institute Grundsätze gelten sollen, die dem andern geradezu widersprochen hätten, und dabei gleichwohl vorausgesetzt worden wäre, daß so widerstrebende Bestimmungen gleichzeitig miteinander zur Anwendung gebracht werden sollten.

Betrachtet man die Lehre von der Appellationssumme in ihrem ganzen Zusammenhange, so ergibt sich, daß diese Appellationsbeschränkung nur bei jenen Erkenntnissen statthaft ist, wo die Frage entsteht: ob eine iniusta *condemnatio* vorhanden sey. Diese Frage setzt aber ein Definitiv-Erkenntniß, und ein Rechtsmittel voraus, wodurch der höhere Richter ausschließlich competent wird. Bei Appellationen von Zwischenurtheilen, welche als selbstständige Rechtsmittel verfolgt werden dürfen; — und von diesen reden wir allein — ist aber davon, ob eine

iniusta condemnatio vorhanden sei, gar die Rede nicht, sondern blos davon: ob der iudex a quo ein gravamen zugefügt habe? Darum hat diese Appellation das Eigenthümliche, daß der gravirende Richter selbst die Beschwerde heben darf, weßhalb die Sache zur Competenz des Appellationsrichters erst dann erwächst, wenn der Unterrichter das Gravamen nicht heben will. Daher gelten hier ganz abweichende Bestimmungen über Suspensiveffect, über Attentate, Nova sind unzulässig, die Beschwerden müssen sogleich und schriftlich eingereicht werden, u. dergl m.[1]). Diese eigenthümlichen, mit dem Zwecke und der Bedeutung der Appellationssumme nicht vereinbaren, zunächst aus dem canon. Rechte hervorgegangenen Bestimmungen, wurden aber durch die Reichsgesetzgebung dann noch bestätigt und wiederholt[2]), als das Institut der Appellationssumme längst eingeführt und ausgebildet war. Wenn man in der Praxis freilich diese gesetzliche Theorie von den Zwischenappellationen allmählig gänzlich übersah, und in Fällen der Appellation von Zwischenurtheilen alle Grundsätze der Appellation von Endurtheilen anwendete, dann war es erklärlich, wie man auch Gründe aufzustellen suchte, die Nothwendigkeit einer Appellationssumme dafür zu beweisen; aber man dürfte, von der richtigen Theorie des Instituts der Zwischenappellationen ausgehend, nun doch folgerichtig zu den von mir vertheidigten Grundsätzen gelangen.

§. 6.

Daß die Ansichten und Grundsätze in Theorie und Praxis sehr abweichend und unbestimmt sind, läßt sich bei der Schwierigkeit, den Gegenstand unter dem richtigen Gesichtspunkte aufzufassen, leicht erklären; aber interessant ist es, wenn man

---

[1]) Mein Handb. üb. d. Rechtsmittel II. §. 218. Mein Lehrb. d. Civilproz. §. 412.

[2]) Notariatsord. v. 1512. IV. 1. C. G. O. v. 1555. II. 29. §. 4. R. A. v. 1570. §. 91. R. A. v. 1594. §. 94. O. A. v. 1600. §. 113. J. R. A. §. 58. 70.

sieht, wie gute Praktiker und viele Gerichte dem gefühlten Bedürfnisse, die Appellationssumme zu beseitigen, zu entsprechen wußten. So hat unter andern Spangenberg [1]) durch die Feststellung eines umfassenden Begriffs von Beschwerde (simplex querela) und außergerichtliche Appellation, wobei auch nach ihm auf das Vorhandenseyn der Appellationssumme nicht gesehen wird, Fälle eigentlicher Zwischenappellation berücksichtigt. Er bemerkt: wenn die Verletzungen, welche einer Partei in Bezug auf eine streitige Rechtssache zugefügt sind, darin bestehen, daß der Richter, ehe und bevor ein contradictorisches Verfahren eröffnet, wo also noch kein Gegner im Prozeß vorhanden war, z. B. durch Verweigerung der Justiz, wohin auch der Fall zu rechnen ist, wenn eine Klage sofort oder in angebrachter Masse a limina iudicii zurückgewiesen wird, oder die gewählte Prozeßart sofort, und ohne den Gegner zu hören, als unzulässig verworfen würde, oder selbst bei Gelegenheit des contradictorischen Verfahrens einer Partei eine Verletzung zufügte, wodurch dem Gegner kein Recht erworben werden könnte, z. B. durch ertheilte Verweise; oder endlich wenn er sich einer Verzögerung der Justiz schuldig macht, dann ist der Richter selbst als angegriffener Theil zu betrachten, es reichen mithin einfache gegen denselben zu richtende, und bei dem nächsten Obergerichte anzubringende Beschwerden (querelae simplices) hin, welche weder an Nothfristen, noch an das Daseyn einer appellablen Summe gebunden sind.

Selbst einer außergerichtlichen Appellation (appellatio extrajudicalis) bedarf es in dem letztern Falle nicht. Wie sehr der Umfang dieses durch das canonische Recht eingeführten, und die Reichsgesetzgebung einigermaßen beschränkten Rechtsmittels, bestritten ist, ergeben die Ausführungen der Proceßlehrer; mit Recht ist daher ihr im Allgemeinen durch unser Gesetz die einfache Beschwerde (querela simplex) selbst in dem Falle subsidi-

[1]) Commentar zur P. O. für Hannover 1830. Abthl. 2. §. 142.

tuirt, wo der Richter ohne den Gegner gehört zu haben, die angestellte Klage sofort oder in angebrachter Maaßen, oder die gewählte Proceßart sofort verwarf, denn auch in diesem Falle, wo noch kein Gegner existirte, ist der Richter allein als diejenige Partei zu betrachten, gegen welche die Beschwerde gerichtet ist, und es würde unangemessen gewesen seyn, diese Beschwerde an eine Interpositions- und Introductionsfrist zu knüpfen, weil einseitige Verfügungen solcher Art, nach Maßgabe processualischer Grundsätze, keiner Rechtskraft fähig sind, und auch, dem bis dahin noch nicht in den Proceß gezogenen Gegner, aus einer etwaigen Versäumniß des letzten Imploranten kein Recht im Processe erwachsen konnte. Auch wäre solches dann besonders bedenklich gewesen, wenn man, wie einige Rechtslehrer wollen, das Dasein einer appellablen Summe, zur Anbringung einer solchen Beschwerde, in der Form einer s. g. Extrajudicialappellation, vorausgesetzt haben würde, weil unser Gesetz in nicht appellablen Sachen nur die Supplication zuläßt, und es schwerlich zu erwarten gewesen seyn dürfte, daß die durch die sofortige Zurückweisung der Klage oder gewählter Proceßart beschränkte Partei, auf dem Wege einer Extrajudicialsupplication den Richter zur Veränderung der einmal gefaßten Ansicht, bewogen haben würde. Viel zweckmäßiger ist also auch in diesem Falle der beschwerten Partei durch die Befugniß einer einfachen Beschwerde, ohne Rücksicht auf Interposition und Introduction, und ohne, daß es auf das Daseyn einer appellablen Summe ankommt, geholfen; denn da diese sofort an den nächsten Oberrichter zu bringen ist, so wird gegründeten Beschwerden über Verletzungen solcher Art, hiedurch am sichersten und leichtesten abgeholfen werden können.

§. 7.

Um in der Anwendung die Unzuträglichkeiten zu beseitigen, welche daraus entstehen, wenn man auch bei Zwischenappellationen und Extrajudicialappellationen eine Appellations-

summe fordert, hat zwar auch Pfeiffer[1]) den Weg eingeschlagen nach Gönner einen Begriff von einfachen Beschwerden aufzustellen, wodurch Fälle der Zwischenappellation und Extrajudicialappellation umfaßt werden, und mit Hülfe des Grundsatzes: daß es bei simplen Beschwerden auf eine Appellationssumme durchaus nicht ankomme, einzelne Härten zu beseitigen gesucht. Allein ich habe früher schon die Unhaltbarkeit der Gönner'schen Begriffsbestimmung dazuthun und nachzuweisen versucht[2]), daß der Begriff von einfachen Beschwerden weder von den Gesetzen so aufgestellt, noch damit auszulangen ist. Zudem macht Pfeiffer von dem angewendeten Mittel nicht den ergiebigen Gebrauch, wie andere Prozessualisten, denn im Verlaufe seiner Abhandlung werden einzelne Fälle näher untersucht, und mit Unterscheidungen beantwortet, welche nach andern Prozessualisten entweder als Fälle für einfache Beschwerden oder Zwischenappellationen behandelt worden sind, und die ich ihrer Erheblichkeit wegen hier näher in Betracht ziehen muß, da ich in meinen frühern Betrachtungen über die Lehre von der Appellationssumme solche Fälle einer Prüfung zu unterwerfen, nach meiner Ansicht über die Nothwendigkeit einer Appellationssumme bei Appellationen von Zwischenurtheilen, keine Veranlassung hatte.

Pfeiffer[3]) bemerkt nämlich:

1) daß wenn durch das angefochtene Erkenntniß über die Begründung des Gerichtsstandes in einer ihrem Werthe nach nicht appellablen Sache zum Nachtheile des Appellanten entschieden wurde, offenbar die dagegen gerichtete Beschwerde und das hierin liegende Interesse des Appellanten als vollkommen unabhängig von dem Werthe des Streitgegenstandes sich darstelle; fügt dann aber hinzu: eine andere Frage

---

[1]) Pfeiffer a. a. O. S. 223.
[2]) Mein Handb. über d. Rechtsmittel I. S. 94. f.
[3]) a. a. O. S. 362.

aber sei es, ob und inwiefern dieses selbstständige Interesse genüge, um die Appellation für erwachsen ungeachtet des Mangels der Appellationssumme in Beziehung auf den Streitgegenstand zu halten? Hierbei müsse man unterscheiden: ob über die Begründung des Gerichtstandes nur für den gerade anhängigen Prozeß erkannt worden sei, wie z. B. daß die Klage sich dazu eigne oder nicht eigne, in dem auf den Streitgegenstand sich beziehenden Gerichtsstande des Contracts erhoben und angenommen zu werden, in welchem Falle das Interesse des Appellanten nicht höher angeschlagen werden könne, als dasjenige, was er bei einer Entscheidung über den Streitgegenstand selbst habe, daher, wenn dieser nicht die Appellationssumme erreiche, auch die auf eine Entscheidung über den Gerichtsstand beschränkte Appellation für erwachsen nicht gehalten werden könne; — oder ob über die Begründung des Gerichtsstandes vermöge einer dem Verklagten nach seiner oder des Klägers Behauptung zukommenden rechtlichen Eigenschaft, wie z. B. Schriftsässigkeit, erkannt worden; wenn in diesem Falle der Kläger, welcher von dem Unterrichter wegen Mangels der Begründung des Gerichtsstandes bei demselben mit der Klage zurückgewiesen oder mit einem deßfallsigen Beweise belastet worden, Appellant sei, so könne auch hier dessen Interesse nicht höher, als das eines günstigen Erkenntnisses über die Klage selbst, mithin nicht über den Werth des Streitgegenstandes hinaus, angeschlagen werden, und nur wenn der Werth dieses letztern die Appellationssumme erreiche, sei daher auch seine, in jener Weise beschränkte Appellation als erwachsen anzunehmen; wenn hingegen der Verklagte, welchem durch das von ihm angefochtene Erkenntniß die rechtliche Eigenschaft, die er zum Zwecke der Ablehnung des von dem Kläger gewählten Gerichtsstandes entweder behauptete oder in Abrede stellte, in jenem Falle ab-, in diesem zugesprochen worden, als Appellation auftrete, so sei die hiergegen gerichtete Appellation wegen der bleibenden Wirkungen der in Frage stehen-

den Eigenschaft stets für erwachsen zu halten. Ueberdies könne man die Zuerkennung oder Aberkennung einer den Gerichtsstand begründenden persönlichen Eigenschaft des Verklagten allenfalls auch unter den Gesichtspunkt eines Erkenntnisses über dan Personenstand desselben stellen (Schmidt v. Klagen und Einr. §. 277.), dergleichen Erkenntnisse — über die sogenannten Actiones praejudiciales — aber entschieden über den betreffenden Zustand ein für allemal und für jeden künftigen Fall. (Glück Erl. d. Pand. III. §. 272.) — Für die Zulassung der Appellation, ohne Rücksicht auf die Appellabilität des Streitgegenstandes, aus dem erstgedachten Grunde würde auch in dem analogen Falle zu entscheiden seyn, wenn es eine dingliche Eigenschaft sei, die, als den Gerichtsstand begründend, von einem ganzen Inbegriff von Sachen, zu welchem auch der vorliegende Streitgegenstand gehöre, von dem einen oder dem andern der streitenden Theile behauptet werde, wie z. B. in Ansehung der fiscalischen Angelegenheiten, wo für diese überhaupt noch ein privilegirtes Forum anerkannt werde; ein über die Begründung des Gerichtsstandes wegen einer solchen Eigenschaft entscheidendes Erkenntniß sei jedoch für unbedingt appellabel nur in Beziehung auf denjenigen Streittheil zu halten, dessen Interesse bei Abänderung dieses Erkenntnisses den ganzen Inbegriff der mit jener Eigenschaft versehenen Sachen umfasse.

2) Wenn durch das angefochtene Erkenntniß der Antrag einer Partei auf Recusation eines Richters zurückgewiesen würde, so sei die Erwachsenheit der dagegen gerichteten Appellation in ähnlicher Weise, wie unter der vorigen Nummer, zu beurtheilen, mit der Unterscheidung nämlich, ob das selbstständige Interesse, welches jenen Streitpunkt an und für sich darbiete, mit demjenigen, welches der Appellant bei einer ihm ungünstigen Entscheidung der Hauptsache in einem bestimmten Rechtsstreite, wodurch jener Antrag veranlaßt worden, habe, im Erfolge zusammenfalle, oder ob jenes Interesse für denselben in einem ausgedehnteren Umfange begründet sei, daher auch

nach der Entscheidung dieses Rechtsstreites, oder überhaupt ohne unmittelbare Beziehung auf einen solchen, fortwirke. Ersteres würde der Fall seyn, wenn der Recusationsvertrag im Zusammenhange mit einem einzelnen Rechtsstreite, und nur zu dem Zwecke, den Richter von der Entscheidung dieses Rechtsstreites auszuschließen vorgebracht wurde, letzteres, wenn der Zweck des Antrags auf die Ausschließung des recusirten Richters von der Entscheidung in allen den Appellanten betreffenden Processen gerichtet wäre. In diesem Falle trete eine unbedingte Appellabilität das den Recusationsantrag verwerfenden Erkenntnisses ein, in jenem hange dieselbe von der Erwachsenheit des Hauptgegenstandes des Processes ab. Ueberhaupt werde sich jedoch, wenn der Richter, dessen Erkenntniß einer der streitenden Theile wegen Mißtrauens in seine Unparteilichkeit sich verbitte, dennoch in der Sache erkenne, eine deßfallsige Beschwerde leicht aus dem Gesichtspunkte der Richtigkeit rechtfertigen lassen, auf welchen auch die Ansicht von Mevius P. I. D. 64. zurückzuführen seyn würde, indem er als Beispiel der Zulässigkeit einer Berufung wegen künftiger Beschwerde einführe: »cum suspectum est judicium, ideo quod potior ejus pars seu plerique assessorum suspecti sint; qui si non abstinuerint a decernendo, recte appellatur, etsi decretum eorum non sit per se injustum.«

3) Habe das angefochtene Erkenntniß nur eine proceßleitende Verfügung im eigentlichen Sinne, welche dieser Natur nach von der Partei ohne einen wesentlichen Nachtheil in der Hauptsache befolgt werden könne, zum Gegenstande, so bleibe der Werth des Streitobjectes außer aller Berücksichtigung bei der Beurtheilung des Vorhandenseyns der Appellationssumme; doch sei allerdings, in so fern ein solches Erkenntniß überhaupt der Appellation unterworfen, die Nachweisung eines besonderen, die Appellationssumme erreichenden, Interesses, welches der Appellant, unabhängig von dem Werthe des Streitgegenstandes bei der Abänderung des angefochtenen

Erkenntnisses habe, nicht ganz undenkbar, und wo ein solches Statt finde, würde dieses selbstständig die Erwachsenheit der Appellation begründen. Ebenso werde auch der Fall zu beurtheilen seyn, wo mit der proceßleitenden Verfügung die Androhung eines Rechtsnachtheiles in der Sache selbst, wenn die Verfügung unbefolgt bliebe, verbunden wäre, und der Appellant, zur Begründung eines die Appellationssumme erreichenden Interesses, die Behauptung aufgestellt, daß er zur Befolgung ausser Stande sei, oder wenigstens derselben schwer zu beseitigende Hindernisse entgegenstehen, unter welcher Voraussetzung die ihm bevorstehende Verwirklichung des angedrohten Rechtsnachtheils ein dem Erfolge des Rechtsstreites gleichstehendes Interesse des Appellanten bei der Abänderung des von ihm angefochtenen Erkenntnisses mit sich führen, mithin ein die Appellationssumme erreichender Werth des Streitgegenstandes auch die Erwachsenheit der gegen die proceßleitenden Verfügung gerichteten Appellationen zur Folge haben würde.

4) Wenn das angefochtene Erkenntniß die Zurückweisung einer Partei mit der Klage oder einer Einrede, jedoch nur aus einem processualischen Grunde, enthalte, so würde das Interesse des Appellanten bei der von ihm beabsichtigten Abänderung eines solchen Erkenntnisses nicht wohl von demjenigen unterschieden werden können, welches derselbe bei dem Erfolge des Rechtsstreites überhaupt — in Beziehung auf Einreden, so fern diese auf Beseitigung des Klaganspruches im Ganzen gerichtet sind — habe, und daher in so fern jenes Interesse als mit dem Werthe des Gegenstandes der Klage oder Einrede selbst zusammenfallend betrachtet werden müssen. Ein hauptsächlich hierher gehöriger Fall sei der einer angebrachtermaßen erfolgten Zurückweisung, und das mit dem Werthe des Streitgegenstandes identische Interesse der Beschwerde des Appellanten ergebe sich in diesem Falle aus der Folgerung, daß wenn der Appellant nicht im Stande wäre, die zurückgewiesene Klage oder Einrede auf eine ihre Zulas-

sung begründende Weise wieder anzubringen, er den damit geltend zu machenden Anspruch als einen einklagbaren, oder sonst im Rechtswege zu verfolgenden, gänzlich einbüßen würde. Es gelte dieses jedoch nicht in gleicher Weise auch von dem Falle, wo der Appellant ein solcher war, der mit seiner Berufung ein, von dem unmittelbaren Interesse der Streittheile gesondertes, eignes Interesse verfolgt, wie namentlich ein Hauptintervenient; werde dieser nur angebrachtermaßen von der Theilnahme an dem Streite zwischen jenen zurückgewiesen, so könne sein Interesse hierbei nicht nach dem Werthe seines selbstständigen Anspruches, welcher durch ein solches Erkenntniß gar nicht berührt werde, und jedenfalls nicht über den Werth des Streitgegenstandes unter den Hauptparteien, angeschlagen werden. Außerdem gehören hierher beispielsweise auch die Fälle, wo Jemand wegen eines formellen Mangels seiner Beweisantretung oder sonst in Folge der Verwirklichung eines Rechtsnachtheils wegen processualischer Versäumnisse, ohne daß sich die Lage des Rechtsstreites zu einem eigentlichen Contumacialerkenntnisse in der Hauptsache eigne, zurückgewiesen wurde.

Urkundenedition — Eid — Caution — Arrest — terminliche Zahlung.

5) Erkenntnisse, welche nur eine einzelne Proceßhandlung, die jedoch mit dem Materiellen der Entscheidung des Reichtsstreites in Verbindung stehe, betreffen, lassen ebenfalls bei der Beurtheilung ihrer Appellationsfähigkeit nach dem Werthe der Beschwerde eine Sonderung dieses Werthes, als eines selbstständigen, von dem des Streitgegenstandes in der Regel nicht zu, insofern dieselben auf den Erfolg des Processes in Beziehung auf diesen Gegenstand im Ganzen einzuwirken geeignet seyn. So wie daher eine Appellation, welche in einer dem Streitgegenstande nach erwachsenen Sache gegen ein solches, nur eine einzelne Proceßhandlung betreffendes, Erkenntniß ergriffen werde, nicht wegen eines diesem besonderen Beschwerdepunkt zukommenden minderen, und zwar die Appel-

lationssumme nicht erreichenden, Interesses zurückgewiesen werden könne, so könne auch umgekehrt der Beschwerde über einen solchen Nebenpunkt in einer an und für sich nicht appellablen Sache kein größeres Interesse beigelegt und dadurch die Erwachsenheit der Appellation begründet werden. Einen practischen Beleg hierzu theile Cramer (Sys. proc. cam. §. 1120.) mit. Von einem zur Zahlung verurtheilten Bürgen wurde die Herausgabe der Schuldurkunde, um seinen Rückanspruch gegen den Schuldner nehmen zu können, verlangt; seine gegen das wider ihn ausgefallene Erkenntniß ergriffene Appellation aber von dem Reichskammergerichte wegen Mangels der Appellationssumme zurückgewiesen, weil derselbe auch nach erlangter Herausgabe der Urkunde doch nur einen, die Appellationssumme nicht erreichenden Betrag würde haben fordern können. Die ältere Praxis glaubte in Ansehung des Eides, wenn ein darauf sich beziehendes Erkenntniß den Gegenstand der Appellation ausmachte, eine Ausnahme in so fern eintreten lassen zu müssen, daß man das einer deßfallsigen Beschwerde beiwohnende selbstständige Interessen für geeignet zur Begründung der Appellabilität des angefochtenen Erkenntnisses, ohne Rücksicht auf den Werth des Streitgegenstandes erklärte; es lasse sich jedoch für eine solche Ausnahme durchaus kein positiver Grund geltend machen, sie stehe vielmehr mit den allgemeinen Grundsätzen von der Berechnung der Appellationssumme im Widerspruche und man finde sie daher auch bei keinem der neueren Schriftsteller erwähnt. — Uebrigens gebe es auch Fälle, in welchen der Beschwerde gegen ein über eine solche einzelne Proceßhandlung, wenn gleich diese von Einfluß auf den ganzen Rechtsstreit seyn könne, entscheidendes Erkenntniß, ungeachtet des die Appellationssumme erreichenden Werthes des Streitgegenstandes, doch nicht dieser nämliche Werth zugestanden, vielmehr die Appellabilität des angefochtenen Erkenntnisses nur nach dem selbstständigen Werthe jener Beschwerde beurtheilt, und, wenn dieser die Appellationssumme

nicht erreiche, für erwachsen nicht gehalten werden könne. Es trete dieses immer dann ein, wenn dem Beschwerdegegenstande ein eigenthümliches pecuniäres Interesse zukomme, also namentlich bei den processualischen Cautionen und der gegen Erkenntnisse über eine solche ergriffene Appellation; vorausgesetzt, daß, insonderheit bei der Caution wegen der Wiederklage, derjenige, welcher zur Leistung derselben verurtheilt wurde, als Appellant auftrete, indem alsdann für diesen die Appellationssumme lediglich nach dem ihm auferlegten Cautionsbetrage zu beurtheilen sei. Wäre der Gegner Appellant, so würde allerdings, da dessen Interesse in der durch die Cautionsleistung zu bewirkenden Nöthigung des Wiederverklagten, sich vor dem nämlichen Gerichte auf die Wiederklage einzulassen, bestehe, der ganze Werth des in dieser begriffenen Streitgegenstandes über die Appellabilität des von jenem angefochtenen Erkenntnisses entscheiden, ganz so, wie in dem unter Ziff. 1. erörterten Falle eines Erkenntnisses über den für einen bestimmten Rechtsstreit aus einem diesem eigenthümlichen Grunde in Anspruch genommenen Gerichtsstand. Daß übrigens in einem solchen Falle, wo die von dem Wiederkläger beantragte Caution wegen der Wiederklage von dem Richter versagt worden ist, dagegen, ohne Rücksicht auf die Appellationssumme, sowohl in Beziehung auf den Streitgegenstand als auf den Cautionsbetrag, die Appellation wegen Unschätzbarkeit des appellantischen Interesses unbedingt Statt finde, wie Ludovici behauptet, lasse sich auf keine Weise rechtfertigen. Es könne jedoch bei der wegen der Wiederklage und der Prozeßkosten zugleich auferlegten Caution allerdings der Fall eintreten, daß die Appellation gegen ein deßfallsiges Erkenntniß als erwachsen anzunehmen sei, obgleich der Werth der Hauptsache die Appellationssumme nicht erreiche, wenn nämlich der Betrag der Caution wegen der Wiederklage auf den vollen Werth von dieser (was den Umständen nach nicht für unzulässig zu halten sei) bestimmt und demselben außerdem noch eine gewisse Summe wegen der Proceß-

kosten hinzugefügt werde, beides zusammen aber der Appellationssumme gleichkomme.

6) Nahe verwandt mit dem unter der vorigen Nummer erörterten Falle der Appellation gegen ein Erkenntniß über Cautionsleistung sei sodann der, wodurch das angefochtene Erkenntniß über ein Arrestgesuch entschieden wurde. Wäre durch dieß Erkenntniß der Personalarrest des Appellanten verfügt worden, so möchte Pfeiffer — auch wenn man diesen Fall nicht unter den Gesichtspunkt der gänzlichen Beseitigung des Erfordernisses der Appellationssumme wegen der hierbei obwaltenden Rücksicht auf den Personenstand im Allgemeinen [1]) bringen wollte — annehmen, daß das selbstständige Interesse einer dagegen gerichteten Beschwerde für ein so bedeutendes zu halten sei, um diese als erwachsen an die höhere Instanz, auch wenn die Forderung wegen deren Arrest erkannt worden, die Appellationssumme nicht erreichte, darzustellen, und gerade wegen der Selbstständigkeit dieses Interesses auch die Analogie der über die Berathung der Appellationssumme bei einer Beschwerde über den Verkauf von Immobilien wegen einer nicht erwachsenen Schuld oben [2]) aufgestellten Ansicht nicht für anwendbar auf jenen Fall halten, weil die Erlegung der Schuld zum Zwecke der Wiederaufhebung des Personalarrests, wenn es einmal hierzu gekommen, jedenfalls nicht ohne einigen Zeitverlust würde geschehen können, gleichwohl auch die geringste Fortdauer der Verhaftung ein Interesse für den Appellanten begründe, welches nicht wohl zu einem bestimmten pecuniären Werthe angeschlagen werden könne. Dagegen komme als ein Nebenpunkt bei Erkennung des Personalarrests nicht selten auch die Frage von der Verköstigung des Schuldners

[1]) S. Pfeiffer S. 241. wo ausgeführt ist, daß Streitigkeiten über den Personenstand zu denjenigen Fällen gehören, worin, weil die Beschaffenheit des Gegenstandes keine Werthschätzung zuläßt, eine Appellationssumme nicht erforderlich ist.

[2]) S. Pfeiffer S. 280. und dergl. damit §. 10. dieser Abhandl.

während der Verhaftung vor; sei darüber zum Nachtheile des Gläubigers erkannt worden, so könne im Falle einer dagegen gerichteten Appellation, möge auch die Dauer der Verhaftung völlig ungewiß, und daher der Werth der Letzterem auferlegten Verköstigung an sich unbestimmbar seyn, derselbe jedoch sein Interesse bei der Berechnung der Appellationssumme nicht höher, als den Betrag der Forderung, wegen deren der Arrest erkannt worden, anschlagen, indem er sich durch deren Aufopferung sofort von jener Verbindlichkeit befreien könnte. — Habe sodann das angefochtene Erkenntniß nur einen Realarrest zum Gegenstande und sei dieser insonderheit zum Zwecke der Vollstreckung eines rechtskräftigen Urtheils erkannt, so finde hier eine analoge Anwendung der oben erwähnten Ansicht unbedenklich Statt; es sei mithin alsdann die Erwachsenheit einer vom Schuldner dagegen ergriffenen Beschwerde nur nach dem Betrage der Schuld, deren Bezahlung im Wege der Vollstreckung erlangt werden soll, zu bestimmen; eben dieses müsse aber auch von dem Falle, wo der Gläubiger wegen Versagung seines Arrestantrags appellirt, um so mehr gelten, als für diesen nicht einmal das besondere Interesse existire, welches der Schuldner dabei, daß der bestimmte, dem Arrest unterworfene, Gegenstand seines Vermögens hierdurch seiner Verfügung entzogen werde, wohl haben könne. Im Uebrigen wird jedoch hier, besonders auch rücksichtlich des Verhältnisses, worin bei Berechnung der Appellationssumme der Betrag der den Gegenstand der Verurtheilung ausmachenden Forderung zu dem Werthe des zum Zwecke der Vollstreckung erkannten Arrestes stehet, auf die im §. 36. vorgetragenen Grundsätze verwiesen [1]). Endlich bemerkt Pfeiffer:

7) „Ein von den bisher erörterten Fällen einer Beurtheilung der Erwachsenheit mit Rücksicht auf die einen geringeren Werth des Beschwerde- als des Streit-Gegenstandes ergebende

[1]) Vergl. hierüber §. 10. dieser Abhandlung.

Beschaffenheit der Entscheidung darin wesentlich verschiedener, daß er die Appellation gegen ein Erkenntniß zum Gegenstande hat, welches dadurch, daß es eine Entscheidung über das Streitobject selbst enthält, unmittelbar in das Materielle des Rechtsstreites eingreift, gehört gleichwohl mit unter die allgemeine Rubrick des Art. 40, welche den gegenwärtigen und die nächstfolgenden Artikel 42 bis 48 begreift, und nicht unter die der beiden vorhergehenden, auf eine Verschiedenheit jener Art rücksichtlich des Umfanges sich beziehenden Art. 38 und 39, in der Voraussetzung, daß das angefochtene Erkenntniß nicht etwa nur einen Theil des Streitgegenstandes, sei es in objectiver oder subjectiver Hinsicht, umfaßt, sondern daß eine specielle Richtung des dem Streitgegenstandes bildenden Anspruches den Stoff der in diesem Erkenntnisse enthaltenen Entscheidung darbietet, und solchergestalt der gegen dasselbe gerichtete Beschwerde ein in gewissem Betracht selbstständiges Interesse für den Appellanten verleiht. Ob nun in einem solchen Falle die Appellationssumme lediglich nach dem Werthe dieses selbstständigen Interesses zu berechnen, oder dabei zugleich auf den Werth des Streitgegenstandes im Ganzen Rücksicht zu nehmen sey, möchte sich wohl nicht im Allgemeinen beantworten und dafür eine gleichförmige Regel aufstellen lassen, vielmehr eine Beurtheilung in jedem vorkommenden Falle nach den dabei eintretenden Verhältnissen Statt finden müssen. Dieß ergiebt sich sofort aus einem praktischen Beispiele, welches von Ramdohr unter Bezugnahme auf ein Erkenntniß des Oberappellationsgerichts zu Celle, mittheilt: „Wenn es darauf ankommt, ob eine terminliche Zahlung zuzulassen, und wie hoch deren Betrag zu bestimmen sei, so kann die Appellationssumme nicht attendirt werden.“ Dieses würde geradezu unrichtig seyn, wenn die Forderung im Ganzen, von deren Zahlung hier die Rede ist, nicht die Appellationssumme erreichte, indem es von selbst einleuchtet, daß der Werth einer terminlichen Zahlung jedenfalls, im Interesse des Gläubigers sowohl als des Schuldners, ein geringeres sei, als

der der Zahlung überhaupt, und der diese bedingenden Existenz der Forderung; aber wenn auch diese Forderung im Ganzen die Appellationssumme erreichte, lassen sich geradewohl solche Verhältnisse denken, welche der terminlichen Zahlung einen unzweifelhaft bis unter die Appellationssumme, zumal wenn diese etwa durch den Betrag der Forderung im Ganzen nur kaum erreicht wurde, herabsinkenden Werth beilegen; auch in dieser Hinsicht kann daher der obige Satz nicht als allgemein durchgreifende Regel gelten. Ein anderes hierher gehöriges Beispiel würde seyn, wenn durch das angefochtene Erkenntniß darüber, ob eine gewisse Zahlung auf einen oder den anderen unter mehreren Forderungsposten, welche entweder in dem anhängigen Rechtsstreite begriffen sind, oder wenigstens dem Kläger gegen den Verklagten ebenfalls zustehen, in Anrechnung zu bringen sei; hier wird jedenfalls sowohl der Betrag der geleisteten Zahlung als der des in dem Rechtsstreite begriffenen Forderungspostens, worauf die Zahlung geleistet worden seyn soll, die Appellationssumme erreichen müssen, doch kann, wenn nur ersteres der Fall ist, die zugleich auf die übrigen Posten zu nehmende Rücksicht den Umständen nach ein appellables Interesse für diejenigen, welche sich durch das Erkenntniß über die Anrechnung der Zahlung beschwert achtet, erzeigen."

Bei näherer Erwägung dieser Ansichten überzeugt man sich bald, daß bei vielen Unterscheidungen, welche in den aufgeführten sieben Fällen zur Berücksichtigung kommen sollen, in der Regel, über die Frage: ob ein solcher zur Appellation geeigneter Fall vorhanden sei oder nicht, so viele Streitigkeiten entstehen würden, die eine Entscheidung in höherer Instanz nothwendig herbeiführen müßten, daß der Zweck der Einführung der Appellationsbeschwerde und deren Anwendung in den Fragefällen nicht nur nicht erreicht, sondern geradezu Erweiterung, Verlängerung und Vertheuerung des Verfahrens, und damit größere Beschwernisse der Parteien und Gerichte eintreten würden. Die Absicht des Gesetzgebers bei Einführung des Insti-

tuts würde also nicht nur nicht, sondern das gerade Gegentheil davon erreicht; und Folgerungen, die zu solchen Resultaten führen, kann die Gesetzgebung unmöglich gewollt haben, und müssen die Richtigkeit einer Theorie höchst bedenklich erscheinen lassen. Dazu kommt aber noch, bezüglich der einzelnen Fälle:

Zu 1) Wenn Pfeiffer S. 233. §. 7. selbst anführt: daß, wenn die Beschwerde auf Incompetenz des Richters, welcher das angefochtene Erkenntniß ertheilt, gegründet worden, auf das Vorhandenseyn der Appellationssumme nicht gesehen werde, und dahin besonders auch der Fall gehöre, wenn ein Oberrichter in einer Sache erkannt habe, welche nicht an ihn erwachsen war; und ferner S. 225. §. 5. daß es in Fällen der Justizverweigerung und Verzögerung gleichfalls nicht auf eine Appellationssumme ankommen soll; und wenn man berücksichtigt, daß wegen Gleichheit der Parteienrechte, doch dem einen Theile dieselben Rechtswege offen stehen müssen, die Zuständigkeit eines Gerichts zur Anerkennung zu bringen, welche dem andern geöffnet sind, die Unzuständigkeit prüfen und aussprechen zu lassen; so muß man gegen das Erkenntniß über die Begründung des Gerichtsstandes, das in seinen Folgen einer Beschwerde über Incompetenz und Justizverweigerung ganz gleich seyn kann, auch dieselben Rechtshülfen, wie in diesem letztern Falle gestatten. Darüber, ob das Appellationsverfahren aus den Gründen, welche in einzelnen Fällen Pfeiffer dafür anführt, für statthaft gehalten werden würde, wenn dessen Theorie über den Unzulässigkeitsgrund im Allgemeinen richtig wäre, würden aber noch bedeutende Zweifel erhoben werden können, weil dabei von einem Umfange der Rechtskraft ausgegangen wird, der nicht in dem Maße begründet werden kann. Wenn z. B. dem Beklagten in einem concreten Rechtsstreite durch ein Erkenntniß auch eine Eigenschaft, die er zum Zwecke der Ablehnung des von dem Kläger gewählten Gerichtsstandes behauptete oder in Abrede stellte, ab- oder zugesprochen wurde, so entsteht durch diesen Ausspruch keine bleibende Wirkung für die

Frage, ob jene Eigenschaft vorhanden sei oder nicht, sondern diese Entscheidung normirt nur für den concreten Fall unter diesen streitenden Theilen. Aus jenem Grunde der bleibenden allgemeinen Wirkung kann also auch die Zulassung einer Appellation nicht hergeleitet werden. Auch dann, wenn man die Zu- oder Aberkennung einer persönlichen Eigenschaft des Beklagten unter dem Gesichtspunkt eines Erkenntnisses über den Personenstand desselben stellt, entscheiden dergleichen Erkenntnisse keineswegs ein für allemal und für jeden künftigen Fall. Zwar hat man aus einigen singulären Vorschriften des römischen Rechts [1]) den allgemeinen Satz abstrahirt, welchen Pfeiffer aufstellt [2]); allein es ist in neuerer Zeit gründlich nachgewiesen, daß jenes Princip nicht einmal für die singulären Verhältnisse so unbedingt gilt [3]); noch weniger ist eine solche Singularität der Ausdehnung auf andere persönliche Verhältnisse fähig, und am allerwenigsten kann jener Satz Anwendung finden, wenn die fraglichen Eigenschaften als Legitimationspunkte gelegenheitlich einer andern Sache zur Entscheidung kommen.

Zu 2. Hier sind, insofern auf dieselben Unterscheidungen, wie unter 1, zurückgewiesen wird, dagegen die Bemerkungen zu 1, zu wiederholen; außerdem ist aber noch zu erinnern: daß die Nichtigkeitsbeschwerde nicht statthaft seyn würde, weil der verdächtige Richter, so lange er als ein solcher nicht rechtsgültig erklärt ist, gültig handelt; nach Pfeiffer's Unterstellung aber in dem Fragefalle der als verdächtig recusirte Richter entweder selbst oder ein anderer, dazu competente Richter [4]), ohne daß von dem Ausspruche Appellation zulässig wäre, den Verdacht

---

[1]) Fr. 1. §. ult. Fr. 2. 3. pr. de agn. v. al. lib. 25, 3. Fr. 25. de statu hom. 1, 5. v. Bangerow Pand. I. §. 173. S. 210. Not. g.

[2]) Glück Com. Aufl. 2. III. S. 272. S. 600. G. Hübbe de exc. rei iud. Jen. 1827. Cap. II. §. 5.

[3]) Keller über Litisc. u. Urtheil. Zürich 1827. §. 47. S. 392. f.

[4]) Mein Lehrb. des Civilproz. §. 82.

als ungenügend erklärt hätte, also die Unzulänglichkeit des Mißtrauens rechtskräftig ausgesprochen, die Partei sonach damit in gehöriger Form Rechtens abgewiesen wäre.

Zu 3. Diese Bestimmung ist mir nicht klar; denn wenn die in Frage stehende prozeßleitende Verfügung ohne Nachtheil in der Hauptsache befolgt werden kann; so wäre ihre Beschwerung auf einen bestimmten Werth nicht zurückzuführen; und wenn nun auf das Streitobject auch nicht gesehen werden soll; so kommt kein Werth in Betracht. Ob Pfeiffer nun eine solche Verfügung als appellabel oder inappellabel betrachtet, ist aus der Darstellung nicht zu entnehmen.

Zu 4. Da nach dem eigenen Anführen Pfeiffer's eine angebrachtermaßen erfolgte Zurückweisung, wenn dagegen keine Appellation statt findet, die Folge haben kann, daß die zurückgewiesene Klage oder Einrede auf eine ihre Zulassung begründende Weise nicht anzubringen ist, so führt Pfeiffer's Theorie möglicher Weise zu dem Ergebniß, daß eine Zurückweisung angebrachtermaßen einen noch so wohl begründeten, und rechtsförmlich vorgebrachten Rechtsanspruch, unwiderbringlich vernichtet. Einen bedenklicheren Rechtszustand kann man kaum statuiren; und diese Consequenz allein beweist das Gefährliche des Grundsatzes in der Anwendung.

Zu 5. Der von Cramer entlehnte Fall beweist nichts; weil wenn es sich nicht um eine einzelne Prozeßhandlung, sondern um das Endurtheil in der Sache handelt, das Gericht das Dasein der Appellationssumme ganz regelrecht nach dem Streitgegenstande und dem Werth der Beschwerde zu beurtheilten hat.

Zu 6 u. 7. Insofern die betreffenden Erörterungen auf möglichste Zulässigkeit der Appellation gerichtet sind, kann man sich mit dem Resultate nur einverstanden erklären; so wie sich dann in Bezug auf die Darstellung unter den sämmtlichen sieben Ziffern nicht in Abrede stellen läßt, daß die betrachteten

Erkenntnisse in manchen Fällen einen solchen selbstständigen Werth der dadurch zugefügten Beschwerden darstellen, daß dieser für sich schon die Appellabillität bezüglich der Appellationssumme rechtfertigt, und dann hinsichtlich des practischen Resultats nichts dabei zu erinnern ist, wenn auch damit die Zulässigkeit des Rechtsmittels begründet wird.

§. 8.

Für den Standpunkt der Gesetzgebung ist es bemerkenswerth, daß die Badische P. O. v. 1831 den Gegenstand ganz in der von uns vertheidigten Weise regulirt hat. Sie bestimmt:

§. 1175. „Die Appellation findet ohne Rücksicht auf das Dasein der Appellationssumme statt:

1) gegen die Versagung der Ladung in Fällen der §§. 357, 358, 359 u. 360 [1]).

---

[1]) §. 357. Ergiebt sich aus der Klage selbst, daß die Zuständigkeit des Gerichts für diese Streitsache nicht begründet ist, so wird mit Angabe der Gründe verfügt:

»die Klage findet hier nicht statt.«

Die Doppelschrift der Klage wird dem Beklagten mit dem Beisatze dieser Verfügung »zur Nachricht« mitgetheilt.

§. 358. Ergiebt sich aus der Klage selbst unbezweifelt, daß sie in Rechten nicht begründet ist, so wird mit Angabe der Urtheilsgründe verfügt:

»die Klage findet nicht statt,«

und die Doppelschrift dem Beklagten mit dem Beisatze dieser Verfügung »zur Nachricht« mitgetheilt.

§. 359. Fehlt es dem Vortrage des thatsächlichen Klagegrundes oder des Klagbegehrens an Deutlichkeit, Bestimmtheit oder Vollständigkeit, oder hat die Klagschrift andere zu verbessernde Mängel, so wird verfügt:

»die Klage findet angebrachtermaßen nicht statt,«

mit specieller Angabe der Mängel, welche die Gründe dieser Verfügung ausmachen, und deren Verbesserung dem Kläger überlassen wird.

Dem Beklagten wird in diesem Falle die Klage sammt Beilage

2) gegen die Erkenntniſſe, wodurch verzögerliche, vom Mangel weſentlicher Vorausſetzungen der Rechtsbeſtändigkeit des Verfahrens hergenommene, Einreden (§. 302.) [1]) verworfen wurden, und gegen die im §. 391 [2]) bezeichneten richterlichen Verfügungen oder Zwiſchenurtheile. Gegen andere Zwiſchenurtheile findet auch bei vorhandener Appellationsſumme keine Appellation ſtatt, außer in Verbindung der Appellation gegen das Endurtheil;

3) gegen beſchwerende Urtheile, wenn der Grund der Beſchwerde in verletzten Vorſchriften des Verfahrens beſteht;

4) gegen das beſchwerende Urtheil, welches auf einen unwahren in den Entſcheidungsgründen ausdrücklich angeführten Rechtsſatz gebaut iſt.

In dieſem Falle und aus dieſem Grunde allein findet eine Appellation ſtatt, die bloß die Proceßkoſten betrifft.

---

in der Doppelſchrift »vorläufig zur Nachricht« mit dem Beiſatze jener Verfügung mitgetheilt.

§. 360. Ergiebt ſich aus der Klage ſelbſt, daß ſie erſt nach Verfluß einer gewiſſen Zeit oder nach dem Eintritte einer gewiſſen Vorausſetzung erhoben werden kann, ſo wird mit Angabe der Gründe verfügt:

»die Klage findet noch zur Zeit nicht ſtatt.«

Die Doppelſchrift wird dem Beklagten mit dem Beiſatze dieſer Verfügung ebenfalls blos »zur Nachricht« mitgetheilt.

[1]) §. 302. »Wird eine verzögerliche Einrede, welche vom Mangel weſentlicher Vorausſetzungen des Verfahrens hergenommen iſt, vom Richter verworfen, ſo findet Appellation dagegen ſogleich Statt.«

[2]) §. 391. »Ausnahmsweiſe iſt ein Rechtsmittel gegen prozeßleitende Verfügungen oder Zwiſchenurtheile ſogleich zuläſſig, wenn der Partei ein unabwendbarer Nachtheil durch Verzögerung der Handlungen der Beweisführung oder durch die Art der angeordneten Vornahme einer Prozeßhandlung zugehen würde, oder wenn Beweismittel für unzuläſſig erklärt, oder Beweismittel zugelaſſen wurden, welche nach den Geſetzen unzuläſſig ſind, ſo wie gegen die richterlichen Verfügungen in den Fällen der §§. 357, 358, 359 und 360.«

5) Gegen das Urtheil, welches einer Partei mehr zuerkennt, als sie begehrt hat;

6) gegen Urtheile, worin auf persönlichen Verhaft erkannt ist;

7) bei Standesklagen;

8) gegen Erkenntnisse, wodurch das Verlangen einer Partei, zum Widerrufe von als irrig angefochtenen thatsächlichen Ausführungen oder Zugeständnissen ihres Anwalts oder Gewalthabers zugelassen zu werden, genehmigt oder verworfen worden ist. (§. 151 u. 153.)[1]).

Es kann jedoch die Beschwerde gegen das Erkenntniß über die begehrte Zulassung zum Widerruf, wenn solches im Laufe der Verhandlungen vor dem Urtheile in der Hauptsache erfolgt nur erst mit der Appellation gegen dieses Urtheil selbst geltend gemacht werden."

§. 1176. „In den Fällen Nro. 2 bis 6 u. Nro. 8 des vorhergehenden §. bleibt das Rechtsmittel, wenn es am Dasein der Appellationssumme fehlt, auf Ausführung und Beurtheilung derjenigen Beschwerde beschränkt, wegen der die Appellation, der mangelnden Appellationssumme ungeachtet, zulässig ist."

§. 1177. „Eine Oberappellation gegen das bestätigende oder abändernde Appellationsurtheil findet in den Fällen des §. 1175, wenn es an der Oberappellationssumme fehlt, niemals statt, die Fälle Nro. 6 u. 7 allein ausgenommen, und den Fall Nro. 3, wenn der Grund der Beschwerde in, vom

---

[1]) §. 151. »Der Widerruf wird hierauf zugelassen, wenn die als irrig angefochtenen Thatumstände erheblich sind, und der Anwalt oder Gewalthaber nicht die Vollmacht seiner Partei zu deren Vortrag, oder seine in andern Umständen liegende Berechtigung dazu, nachweist.« §. 153. »Wird der Widerruf verworfen, so wird die Partei in die Kosten und den durch die Verzögerung entstandenen Schaden verurtheilt.«

Appellationsgerichte selbst verletzten, Vorschriften des Verfahrens besteht."

Diese Bestimmungen haben durch das Bad. Ges. v. 3. Aug. 1837. folgende Modificationen erlitten:

Art. 3. „Der §. 391. wird durch folgende Bestimmung ersetzt:

§. 391. Das Rechtsmittel der Beschwerdeführung (§. 1244.) ist jedoch gegen prozeßleitende Verfügungen sogleich zulässig, wenn die Partei die Gefahr bescheinigt, daß ihr dadurch ein Nachtheil zugehen würde, welcher bei der Appellation gegen das Endurtheil nicht mehr gehoben werden könnte. Auch gegen die richterliche Verfügung auf die Klagen in dem Falle des §. 359. findet nur eben dieses Rechtsmittel statt."

Art. 4. „In Folge des vorhergehenden Art. 3. erhalten Nr. 1 und 2 des §. 1175. und der zweite Absatz des §. 1238. nachstehende Fassung:

1) gegen Versagung der Ladung in den Fällen der §§. 357, 358 und 360,

2) gegen Erkenntnisse, wodurch verzögerliche vom Mangel wesentlicher Voraussetzungen der Rechtsbeständigkeit des Verfahrens hergenommene Einreden (§. 302.) verworfen wurden. Gegen andere Zwischenurtheile findet auch bei vorhandener Appellationssumme keine Appellation statt, außer in Verbindung mit der Appellation gegen das Endurtheil. §. 1238. Abs. 2. In dem Falle des §. 358. wird nunmehr die Sache vor dem Obergerichte verhandelt und entschieden, in dem Falle der §§. 357 und 360 dagegen zur Verhandlung und Entscheidung an das Untergericht zurückgewiesen."

§. 9.

VI. In dem Abschnitte von der Berechnung der Appellationssumme bemerkt Pfeiffer a. a. O. §. 21. S. 271., „daß die von mir ausgesprochene Ansicht: „daß der Affectionswerth und der Werth des besondern Interesses, insofern diese Werthe

aus den concreten Verhältnissen der Sache selbst, nicht aus den Accessionen bemessen werden, bei der Appellationssumme immer in Anrechnung kommen, wenn jene Werthe zu- oder aberkannt sind" [1]), auf einer unhaltbaren Unterscheidung beruhe, und das in dem einen wie dem andern Falle dieser Affectionswerth bei der Berechnung der Appellationssumme allerdings zu berücksichtigen sei, denn was immer Gegenstand der Anträge des Appellanten oder seines Widerspruchs gegen die des Appellaten in der vorigen Instanz abgegeben habe, und worüber durch das angefochtene Erkenntniß gegen ihn entschieden worden sei, mache, worin dasselbe auch bestehe, einen unmittelbaren Bestandtheil des Beschwerdegegenstandes aus, und müsse daher, zufolge des allgemeinen Grundsatzes, daß die Appellationssumme überhaupt sich nach dem Werthe der Beschwerde richte, mit unter diesem Werthe begriffen werden.

Ich kann die Richtigkeit der Begründung dieser Entgegnung nicht einsehen, und es scheint fast, daß auf einer Seite irgend ein Mißverständniß Statt findet. Wenn ich davon ausgehe, daß der bei der Appellationssumme zu berechnende Affectionswerth, und der Werth des besonderen Interesses — was beiläufig bemerkt, zwei verschiedene Werthe sind — aus Verhältnissen der Hauptsache, nicht aus Accessionen bemessen werden dürfe, so wollte ich damit nur auf die Grundsätze hinweisen, welche über die Berechnung der Appellationssumme bezüglich des Hauptgegenstandes und der Nebengegenstände der Klage statt finden [2]), und ausdrücken, daß von jenen Nebengegenständen, welche bei der Berechnung der Appellationssumme nicht in Anschlag gebracht werden sollen, auch der Affectionswerth und der Werth des besonderen Interesses nicht bemessen werden dürfe. Da Pfeiffer denselben Grundsatz über die Berechnung der Nebenforderungen bei der Fest-

[1]) Mein Handb. über die Rechtsmittel I. §. 94. S. 855.
[2]) Mein Handb. a. a. O. §. 86. f.

stellung der Appellationssumme befolgt[1]), so nöthigt die Folgerichtigkeit auch ihn zur Annahme unseres Grundes für die Nichtberücksichtigung eines Affectionswerthes, der bloß in Accessionen seinen Grund hat.

§. 10.

VII. Die Lehre Pfeiffer's §. 23. S. 279. §. 36. S. 349. §. 41. S. 369., wornach bei einem Streite über die Verpfändung einer Sache eine wesentliche Berücksichtigung des Betrags der Forderung, zu deren Sicherstellung jene dienen soll, die daher nur als Accessorium der letzteren erschien, nicht werde unterbleiben können, und sogar, unter Voraussetzung eines die Appellationssumme erreichenden Werths des Pfandobjects für allein entscheidend über die Annahme der Erwachsenheit alsdann zu halten seyn werde, wenn die Existenz des Pfandverhältnisses oder deren Geltendmachung der Gegenstand des Streites ausmache, da, obgleich man die Verpfändung als eventuelle Veräußerung des Eigenthums, ihrer Wirkung nach zu bezeichnen pflege, doch jedenfalls mittelst Bezahlung der Forderung, welche durch die Pfandbestellung versichert worden, jede Verfügung über das Eigenthum abgewendet werden könne, so daß eine Berücksichtigung des Werthes dieses letztern, insofern er den Betrag der Forderung übersteige als jenem Verhältnisse fremd zu betrachten sey," halte ich für sehr bedenklich, und im Widerspruche mit dem Grundsatze: die Appellationssumme bestimmt sich nach dem Werth der Beschwerde; und daß unter dem Werth der Beschwerde derjenige Betrag zu verstehen ist, worin sich der Appellant im Verhältnisse der Sententia a qua zur summa petitionis für beschwert achtet. In dem unterstellten Falle ist der Gegenstand der Verpfändung das Streitobject, er bildet die summa petitionis, die Sententia a qua spricht gerade über diesen Betrag zu-

[1]) Pfeiffer a. a. O. §. 49. f. S. 403. f.

nächst. Auf die Größe der Forderung kann bei der Berechnung der Appellationssumme in dem unterstellten Falle also nichts ankommen, da sie nicht die summa petitionis ist, und auch die summa gravaminis weder ist, noch seyn kann, also auch nicht die Appellationssumme bilden darf; und insbesondere auch aus dem von Pfeiffer angeführten Grunde nicht, weil dieser überhaupt in dem einen Falle nur zur Frage kommen könnte, wenn der Pfandschuldner der Appellant wäre, insbesondere aber aus der Richtigkeit eines solchen Grundes folgen würde, daß wenn ein Gläubiger, dem eine die Appellationssumme nicht erreichende Forderung zustände, seinem Schuldner gegenüber die Verpfändung eines noch so werthvollen Objects behauptete, der Schuldner die widersprochene Verpfändung auf den Grund der erstrichterlichen Entscheidung anerkennen müßte, trotz dessen, daß das Object noch so oft den Werth der Appellationssumme überstieg. Selbst die Voraussetzung: daß der Schuldner mittelst Bezahlung der Forderung, jede Verfügung über das Eigenthum abwenden könne, und welche an sich mehr ein Beruhigungs-, als juristischer Entscheidungsgrund seyn würde; trifft nicht immer zu; weil es beiden Contrahenten daran liegen konnte, die Bezahlung auf eine Reihe von Jahren hinaus zu stellen, und dem Pfandgläubiger an dem Pfandrechte und beziehungsweise seiner Dauer, z. B. bei Antichresis, mehr liegen kann, als an der Forderung selbst [1]).

Aus denselben Gründen ist die fernere Lehre Pfeiffer's S. 280 zu bestreiten, die dahin geht:

„Der Werth eines Grundstücks selbst kann bei Berechnung der Appellationssumme, wenn er gleich diese erreicht, gar nicht zum Maßstabe gebraucht werden, wenn das angefochtene Erkenntniß eine auf das Eigenthum desselben einwirkende Entscheidung enthält, diese jedoch nur in einer beiläufigen und untergeordneten Beziehung zu dem eigentlichen

[1]) Vergl. über das Princip noch unten §. 15.

Streitgegenstande steht, wo alsdann vielmehr nach dem Werthe von diesem die Appellabilität bestimmt werden muß. Ein sehr häufig in der Praxis vorkommender Anwendungsfall für die Regel ist der, wo im Wege der Vollstreckung eines den Eigenthümer des Grundstücks wegen einer mit diesem in keinem wesentlichen Zusammenhange stehenden Schuld verurtheilenden Erkenntnisse jenes zum öffentlichen Verkaufe gebracht, und gegen ein diesen Verkauf betreffendes Erkenntniß von dem Schuldner beziehungsweise Eigenthümer appellirt wird. Hier kann lediglich der Betrag der den eigentlichen Streitgegenstand ausmachenden Schuld, zu deren Bezahlung der Verkauf des Grundstücks nur ein Mittel abgibt, über die Appellabilität des angefochtenen Erkenntnisses entscheiden, und wenn dieser Betrag die Appellationssumme nicht erreicht, kann dieselbe durch Berücksichtigung des Werthes des zu verkaufenden Grundstücks um so weniger ergänzt werden, als der, nur eine Nebenhandlung des eigentlichen Rechtsstreits bildende, Verkauf sofort durch Erlegung des, an und für sich nicht appellablen, Betrags der Schuld abgewendet werden kann, so daß sich das rechtliche Interesse des appellirenden Schuldners stets nur auf die Summe dieser seiner Schuld beschränkt.“ Ich werde im Verlaufe dieser Betrachtungen noch mehrmals Veranlassung haben, jenes Princip über die Bestimmung der Frage nach dem Vorhandenseyn der Appellationssumme, aus dem möglichen rechtlichen Interesse des Appellanten zu bemessen, zu beleuchten, ein Princip, welches an und für sich einen wahren Inhalt hat, aber hier keine Anwendung finden darf. Denn wenn in der Executionsinstanz über die Veräußerung eines Executionsobjects Streit entsteht, und dieser durch richterliches Erkenntniß entschieden wird, dann ist die Beschwerde, welche der Schuldner darin findet, daß gerade dieser Gegenstand angegriffen werden soll, eine neue selbstständige, mit der Entscheidung über die abgeurtheilte Hauptsache keineswegs in dem Zusammenhange stehende, daß die Frage der Appellabilität bezüglich

der Appellationssumme nach dem Betrage der Forderung zu ermitteln wäre.

Die weitere Darstellung Pfeiffer's S. 280 und 281. wo bemerkt ist: „Ein hier einschlagender Fall, wo es bei der Entscheidung über die Appellabilität eines den Verkauf eines Grundstückes in dem Vollstreckungsverfahren betreffenden Erkenntnisses allerdings auf den Werth des zu verkaufenden Grundstücks hauptsächlich ankommen würde, wäre übrigens der, wo mittelst der Intervention eines Dritten das Eigenthum für diesen in Anspruch genommen, und also den Hauptparteien gegenüber bestritten würde, bei welchem Zwischenstreite dann offenbar das Eigenthum des Grundstücks selbst den unmittelbaren Streitgegenstand bildete. Auch wird, nachdem bereits der Zuschlag im Vollstreckungsverfahren erfolgt, also das Eigenthum an dem betreffenden Grundstücke dem Schuldner bereits aberkannt, und dessen Appellation nun hiergegen gerichtet ist, die Erwachsenheit derselben nach dem Werthe des Grundstücks selbst zu bestimmen seyn. In dem einen wie in dem andern dieser beiden Fälle wird jedoch an dem Werthe der Betrag der unbestrittenermaßen hypothekarisch auf dem Grundstücke haftenden Forderung, wegen deren dasselbe dem öffentlichen Verkaufe unterworfen worden, in Abzug zu bringen seyn," zeigt, zu welchen Schwierigkeiten das unmittelbar vorher beanstandete Princip Pfeiffers in der Anwendung führt. Das practische Gefühl schon beanstandet sie in den beiden letzten Fällen, und Pfeiffer sucht auch selbst auszuführen, daß es darin keine Anwendung finde. Aber folgerichtig scheint dieser Ausschluß in dem zweiten Falle durchaus nicht zu seyn; denn auch die Aberkennung des Eigenthums an dem Grundstücke in Folge eines Zuschlags im Vollstreckungsverfahren, ist in der That doch nichts anderes, als ein Mittel die Schuld zu tilgen, und consequent müßten also die vorher von Pfeiffer dafür aufgestellten Grundsätze auf S. 280. zur Anwendung kommen.

Dagegen wird man sich mit der Ansicht einverstanden er-

klären müssen: „daß es bei der Entscheidung über die Appellabilität eines den Verkauf eines Grundstücks im Vollstreckungsverfahren betreffenden Erkenntnisses auf den Werth des zu verkaufenden Grundstückes ankomme, wenn mittelst der Intervention eines Dritten das Eigenthum für diesen in Anspruch genommen, und also den Hauptparteien gegenüber bestritten würde, bei welchem Zwischenstreite dann offenbar das Eigenthum des Grundstücks selbst den unmittelbaren Streitgegenstand bildete; und daß, nachdem bereits der Zuschlag im Vollstreckungsverfahren erfolgt, also das Eigenthum an dem betreffenden Grundstücke dem Schuldner bereits aberkannt, und dessen Appellation nur hiergegen gerichtet wäre die Erwachsenheit derselben nach dem Werthe des Grundstücks selbst zu bestimmen seyn würde;" daß aber „in dem einen wie dem andern dieser beiden Fällen jedoch an diesem Werthe der Betrag der unbestrittenermaßen hypothekarisch auf dem Grundstücke haftenden Forderung, wegen deren dasselbe dem öffentlichen Verkaufe unterworfen worden, in Abzug zu bringen sey," scheint wieder erheblichen Zweifeln zu unterliegen. Denn daß in dem Falle, wenn nicht der Schuldner der Appellant wäre, von dem Werthe des Grundstücks die hypothekarisch auf demselben haftende Forderung nicht stets in Abzug gebracht werden könnte, ergiebt sich schon daraus, daß der für den Abzug allein geltend zu machende Grund: daß der Gegenstand für den Appellanten nur den Werth habe, der nach Abzug jener Forderung übrig bleibe, in einem solchen Falle immer dann nicht eintritt, wenn der Appellant jene hypothekarische Forderung zu tilgen nicht verpflichtet ist.

§. 11.

VIII. Die von Pfeiffer §. 24. S. 281. f. in erforderlicher Vollständigkeit mitgetheilten Ansichten der Doctrin und Praxis über die Frage der Nothwendigkeit der Appellationssumme bei Streitigkeiten über Servituten, beweisen, was ich in meiner frühern Darstellung über diesen Gegenstand schon

bemerkt habe: daß darüber viel Streit und Unsicherheit herrsche, widerlegen aber die Behauptung nicht, daß die Reichsgesetze bei Streitigkeiten über Servituten ohne alle Unterscheidung eine Appellationssumme nicht berücksichtigen. Wenn es sich um eine neue gesetzliche Bestimmung handelte, würden gleichwohl jene Unterscheidungen, welche die Wissenschaft und Anwendung in das gemeinrechtliche Prozeßsystem gewaltsam hinein zu interpretiren sich berufen fühlten, und welche sich in vielen Landesgerichten Geltung verschafft haben, nicht unberücksichtigt bleiben dürfen, sofern man das Institut der Appellationssumme folgerichtig durch alle streitigen Verhältnisse, wobei seine Berücksichtigung möglich ist, auch zu verwirklichen die Aufgabe stellt. So bestimmt die Badische P. O. v. 1831. §. 1174. Zif. 3. „Bei Grunddienstbarkeiten kommt der Werth des herrschenden Grundstücks im Anschlag, wenn er der höhere ist, andernfalls der Werth des dienenden."

§. 12.

IX. Die Frage: nach welchen Grundsätzen bei solchen Appellationen, die auf einen in objectiver oder subjectiver Hinsicht zusammengesetzten Beschwerdegegenstand gerichtet sind, die Berechnung der Appellationssumme vorzunehmen sei? habe ich in meiner früheren Darstellung dahin lösen zu müssen geglaubt: daß eine Zusammenrechnung nicht statthaft sei, wenn bei der objectiven oder subjectiven Klagenhäufung die verschiedenen Forderungen auf verschiedenen Rechtsgründen beruhen, und auf verschiedene Zwecke gerichtet sind [1]).

Diese Ansicht ist von Scholz [2]) und Pfeiffer [3]) bestritten [4]). Was nun zunächst die für die entgegengesetzte Meinung von Pfeiffer angeführten Gründe betrifft, so kann

---

[1]) Mein Handb. über die Rechtsmittel I. §. 88. 92.

[2]) Archiv f. civ. Prax. XXI. S. 344. f.

[3]) Practische Ausf. VI. S. 306. f.

[4]) S. auch meinen Aufsatz in der Zeitsch. f. C. u. P. XVI. S. 120.

1) die Behauptung: „daß, da es bei Berechnung der Appellationssumme lediglich auf den Werth der Beschwerde ankomme, nur darauf zu sehen sey, worin der appellirende Theil durch das angefochtene Erkenntniß beschwert sei, es für vollkommen gleichgültig gehalten werden müsse, ob durch dieses Erkenntniß über eine oder über mehrere Klagen, Klagposten, oder sonstige Beträge entschieden worden, ob der appellirende Theil aus einer oder mehreren Personen besteht, welche durch das angefochtene Erkenntniß sich beschwert erachten, wenn nur der Gegenstand der Beschwerde überhaupt seinem Werthe nach die Appellationssumme erreiche;" nicht als eine Widerlegung meiner und beziehungsweise als eine Begründung der entgegengesetzten Ansicht betrachtet werden, weil das ja gerade die Streitfrage ist: ob der Werth der Beschwerde, wenn der Gegenstand des Erkenntnisses aus mehreren Klagposten, oder der appellirende Theil aus mehreren Personen besteht, nach dem Werthe der Beschwerde überhaupt, oder nach dem Werthe der Beschwerde in Bezug auf die einzelnen Klagposten, und beziehungsweise dem Werth der Beschwerde für die einzelnen Personen, berechnet werden muß. Offenbar wird in der jenseitigen Begründung das zu Begründende geradezu als begründet vorausgesetzt, und so der Beweissatz umschrieben als Beweisgrund hingestellt.

2) Eben so wenig dürfte meine Ansicht durch eine Analogie aus Fr. 10. §. 1. de appellat. 49, 1. oder Fr. 11. §. 2. de iurisd. 2, 1. widerlegt erscheinen; denn die Gründe, aus welchen ich eine Analogie aus beiden Stellen mit zur Unterstützung meiner Theorie in Bezug genommen habe, dürften den gegenseitigen Gründen gegenüber, aus welchen eine gerade entgegengesetzte Analogie abgeleitet werden soll, wenigstens so viel Gewicht haben, daß auf dem Wege der Analogie unsere Streitfrage nicht zur Lösung gebracht werden kann.

3) Was aber endlich den von mir bei der Beurtheilung der vorliegenden Streitfrage nicht benutzten Reichsdeputations-

schluß v. 1644 anbetrifft, so habe ich denselben deshalb nicht in Bezug genommen, weil dessen Bestimmung bezüglich unserer Streitfrage in der That zweifelhaften Inhalts ist, wenn gleich er seinem Wortsinne nach sogar für die von mir vertheidigte Ansicht spricht: Die Richtigkeit dieser Unterstellung wird eine nähere Darstellung des geschichtlichen Ursprungs jenes Deputationshauptschlusses nachweisen.

Auf dem Deputationsconvent zu Regensburg erklärte Bayern am 14. Februar 1644. daß eine stricte Interpretation der Appellations-Privilegien nicht zur Abschneidung der häufig einkommenden Appellationen, sondern vielmehr zur Vermehrung derselben dienlich seyn möchte, hielte demnach dafür, daß gleichwie vorhero Churfürsten und Stände die Ertheilung dergleichen Privilegien de non appellando für das beßte Mittel zu Abschneidung der Appellationen erachtet, und aber die Erfahrung bezeuge, was Gestalt dadurch der Sachen noch nicht genugsam geholfen, solche *Privilegia* und summa apppellationis generaliter mehreres extendirt werden sollten. Gestalten Ihro Churf. Durchlaucht geschehen lassen könnte, daß die ordinaria summa appellationis der 300 fl. erhöhet werden möge, doch denen, so höhere Privilegien haben, oder gar von den Appellationen eximirt seyn, ohne Präjudiz.

Hiermit erklärte sich Braunschweig, so viel in genere die Extensionem privilegiorum de non appellendo betraf, einverstanden, quoad modum et formam aber möchte es eine sonderbare Umfrage meritiren. Desgleichen Pommern, und stellte dabei ratione modi zu vernünftigen Nachdenken, daß weil solche *Privilegia* mehrentheils auf Gülden im Gold gerichtet, ob solche nicht nur auf Goldgülden in demjenigen Valor, wie sie dazumalen zur Zeit der ertheilten Previlegien gültig gewesen, sondern in durchgehendem Werth zu 2 fl. verstanden und erläutert werden mögen.

Das Directorium concludirte dahin: wie man ratione extensionis der Privilegia per Majora in Quaestione an? richtig,

den modam & summam aber betreffend, davon ferneres zu reden stünde.

Braunschweig conformirte sich ratione summae mit vorhergehenden votis, und weilen er sich dabei erinnerte, welcher Gestalt die *Privilegia* appellationis vornehmlich dadurch sehr destruirt würden, weilen sich die Advocati und Procuratores unterstünden, alles zu dem Ende zu coacerviren und zusammen zu raffen, damit die Sache dadurch appellabel gemacht werden möge, als stünde dahin, ob nicht bei nächster Session, auf gewisse Expedientia, diesem Unheil zu begegnen, spezialiter zu gedenken seyn möchte.

Würzburg könnte nicht allein geschehen lassen, daß respectu derjenigen, die mit keinem sonderbaren privilegio de non appellando begabt, die ordinaria summa der 300 fl. von Goldfl. zu 2 fl. gerechnet verstanden werden sollte; sondern ließe auch dahin gestellt seyn, ob nicht auch im übrigen die privilegirten Summen insgemein gleichergestallt zu extendiren u. s. w. womit sich Pommern motivirend einverstanden erklärte.

Das Conclusum fiel dahin aus: die communem summam appellabilem auf 300 Goldfl. zu 2 fl. gerechnet, zu extendiren, jedoch den Ständen, so mit höheren Privilegiis begabt, ohne Prajudiz. Anbelangend die in den Braunschweig-Würzburg-Pommerischen Votis vorgefallenen Erinnerungen, sollte bei nächster Session darüber mit mehreren spezialiter deliberirt werden.

In der Sitzung v. 16. Februar 1644. erklärte Oesterreich, daß die Erhöhung der Summe Anstände habe, weil der Kaiser bei Ertheilung dergleichen auf vorhergegangene Dienste sehe, daher man ratione tenoris privilegiorum und sonsten so weit in factis versirte, daß keine Generalregel hierüber gemacht werden könne, sondern würde bei Kaiserl. Majest. als Largitori dergleichen Extension allein bestehen.

Hiermit war man allgemein im Wesentlichen einverstanden, es bemerkte aber insbesondere noch Braunschweig: be-

treffend die Frage, was gestallt die circa summam appellabilem vorgehende abusus und Unterschleiff abzuschneiden, hielte man davor, hinfüro 1) die summa appellabilis blos auf das Kapital und Hauptgeld gemeint seyn soll, u. s. w. 2) Weil auch vermöge der Rechte diversae summae cumulirt, und dadurch die abgesprochene summa appellabilis gemacht wird, so hätte es zwar dabei in den Fällen sein Bewenden, quando diversae summae in eodem processu eademque sententia zu- oder aberkannt wären, in diversis processibus oder Sententiis aber, etiamsi uno eodemque die latis, müßte solches keine Statt mehr finden, cui voto asserendo tam leges, quam autoritates plurimae, si opus et stili foret, allegari possent.«

Ueber diesen zweiten, von Braunschweig zur Sprache gebrachten Punkt, hat sich in der Sitzung keine andere Stimme vernehmen lassen, und das Conclusum lautet: „Daß die Summa appellationis insgemein auf 600 Reichsgülden Hauptgut ohne einigen Anschlag der Interesse oder fructuum (es sey dann, daß man auf selbige blos und allein klagen würde) auch ohne Zusammenschlagung *diversarum causarum* zu erhöhen, im übrigen es bei den Reichs- und Deputationsabschieden zu lassen, und daß die Kaiserl. Majest. allerunterthänigst zu ersuchen, diejenigen Stände, denen ihre hergebrachten Privilegien durch solche Extension gleichsam aufgehoben, communi provisione legis gleichgemacht werden, und dahero um allergnädigste Spezial-Extension ihrer Privilegien sich allergehorsamst anmelden würden, in allergnädigster Recommendation zu haben“ [1]).

Es geht hieraus hervor, daß wenn auch zunächst die Appellationsprivilegien die Veranlassung und den ursprünglichen Gegenstand der mitgetheilten Verhandlung auf dem Deputationsconvent darboten, im Verlaufe der Verhandlung es hauptsächlich die gewöhnliche Appellationssumme war, worauf sich sowohl das Braunschweig'sche Votum als auch das Con-

[1]) v. Meiern Reichstagsverhandl. Th. 2. S. 229 — 234.

clusum bezog. Ob nun aber das Conclusum unter dem Verbote des „Zusammenschlagens *diversarum causarum*“ blos ein Verbot solcher causarum diversarum, die in diversis processibus oder sententiis, etiamsi uno eodemque die latis, — Worte des Braunschweiger Votums — verstanden habe, was Pfeiffer annimmt, ist wenigstens zweifelhaft; denn auffallend ist, daß von keiner Seite die Richtigkeit oder auch nur die Erheblichkeit dieser Ansicht anerkannt wurde, und der Gegenstand auch im jüngsten Reichsabschiede in solchem Sinne eine Erledigung nicht gefunden hat. Darum sind auch andere Prozessualisten früher schon der Meinung gewesen, daß der Gesetzgeber die vorliegende Frage nicht enschieden, sondern es dem Richter überlassen habe, in der Anwendung die verschiedenen Fälle gehörig zu unterscheiden [1]). Die Unterstellung im Braunschweiger Votum, daß die Zusammenrechnung, durch die Gesetze gestattet sei, ist, wie aus dem früher Dargestellten hervorgeht, wenigstens sehr zweifelhaft, nach meiner Ansicht geradezu ein Irrthum; ob die übrigen Gesandten diesen theoretischen Irrthum theilten, ungewiß, darum auch ungewiß, wie jenes Conclusum, welches jedenfalls keine gesetzliche Kraft hatte, die Sache eigentlich ansah. Dem Wortsinne nach, und wenn man nicht annehmen müßte, daß das Braunschweig'sche Votum die betreffenden Worte des Conclusums veranlaßt, würde man dieselbe gerade zur Unterstützung der von mir vertheidigten Theorie erklären dürfen.

§. 13.

Die oben schon erwähnte Darstellung von Scholz geht auf eine nähere Widerlegung der von mir für meine Ansicht angeführten Gründe ein, und ich habe darauf nur zu erwiedern: daß ich die von Scholz S. 351. f. unter Ziff. 1 bis 5 aufgestellten Grundsätze selbst als richtig stets betrachtet habe, aber daraus das Hergeleitete nicht zu folgern vermag. Denn

[1]) Mohl Vers. v. Syst. d. Gerichtsbarkeit d. R. C. G. II. §. 118.

wenn es auch im Allgemeinen nicht in der Befugniß des Berufungsrichters liegt, daß derselbe bei Klagen, worin die Partei in der Vorinstanz einmal dem Gegenstande, oder der Person nach, eine Verbindung zur gleichzeitigen und ungetrennten Prozeßverhandlung erlangte, solche aus dem Grunde trenne, weil der Gegenstand des Streits nicht auf einem und demselben Rechtsgrunde beruht, so folgt daraus doch nicht, daß wenn es in einem solchen Falle an der Appellationssumme fehlt, der Berufungsrichter dennoch competent werde. Nun ist es ja aber gerade die Frage: ob wenn die Appellationssumme nur durch ein Zusammenrechnen jener verschiedenen Klagposten nachgewiesen werden kann, eine solche Zusammenrechnung Statt finden dürfe? Wenn in bestimmten Fällen der Berufungsrichter eine solche Zusammenrechnung für unzuläßig behauptet, und in Folge davon wegen mangelnder Appellationssumme die Appellation für unzuläßig erklärt, dann ist ja der Grund der Unzuläßigkeitserklärung nicht darin zu finden, daß der Berufungsrichter ein Verfahren über mehrere Sachgegenstände, oder über die verbundenen Rechte mehrerer Personen deßhalb nicht gestatten wolle, weil nicht dasjenige, was in voriger Instanz gleichzeitig verhandelt wurde, auch in der Appellationsinstanz gleichzeitig sollte verhandelt werden dürfen; sondern darin, daß es an der erforderlichen Appellationssumme mangelt. Das Verfahren in der Berufungsinstanz wird also nicht deßhalb für unzuläßig erklärt, weil diejenigen Personen, oder diejenigen Sachen, welche in voriger Instanz vereinigt behandelt wurden und handelten, in der Berufungsinstanz nicht vereinigt bleiben dürften; dieses Dürfen gesteht der Berufungsrichter an sich zu, und erklärt nur, daß es zu dessen Ausübung an einer nothwendigen Bedingung, der Appellationssumme fehle. Er verwirft sonach die Berufung nicht, weil er ein gemeinschaftliches gleichzeitiges Appellationsverfahren für unstatthaft findet, sondern, weil es an einer positiv gesetzlichen Voraussetzung zur Zuständigkeit des Appellationsrichters fehlt. Auch trennt der Appellationsrichter nicht Gegenstände und

Personen, weil es an demselben Rechtsgrunde fehlt; sondern er erklärt ein Zusammenrechnen verschiedener Klagposten für unzulässig. Wenn daher jeder Klagposten insofern er als Beschwerdeposten erscheint, oder jeder Appellant bezüglich seiner Beschwerde, den Betrag der Appellationssumme darstellt, dann ist ein gemeinschaftliches gleichzeitiges Verhandlen in der Appellationsinstanz durchaus nicht unzulässig. Scholz verwechselt sonach Zusammenrechnen um die Appellationssumme herauszubringen und gleichzeitiges Verhandeln in einer Parteirolle. Das Recht auf einen und denselben Prozeßgang kann nur so lange ausgeübt werden, als die positivrechtlichen Bedingungen zur Ausübung vorhanden sind. Daß Gegenstände, welche zusammen verhandelt sind, auch zusammen beurtheilt und entschieden werden sollen, steht ebenfalls richtig; aber doch nur so lange, als für die Sachen eine zuständige Instanz vorhanden ist.

Wenn es auch richtig wäre [1]), daß es dem Richter erster Instanz nicht zustehe, gehäufte Klagen, nachdem sie zugelassen, darauf Einlassung und alle nachfolgenden Verhandlungen erfolgt seyn, von der gleichzeitigen Beurtheilung im Erkenntnisse auszuschließen, und sie später zum abgesonderten selbstständigen Prozesse zu verweisen; wie sollte daraus dann folgen, daß der Appellationsrichter sie deßhalb nicht trennen dürfe, weil sie einzeln betrachtet die Berufungssumme nicht erreichen. So lange nicht bewiesen ist, daß zum Zweck der Herstellung der Berufungssumme eine Zusammenrechnung zulässig ist, und wenn sogar angenommen wird, daß diese Zusammenrechnung unzulässig sei, muß angenommen werden, nicht daß der Berufungsrichter zu einer Trennung, sondern daß er zur Ver-

[1]) Ob der von Scholz hier vorausgesetzte Grundsatz richtig ist, möchte sehr zu bezweifeln stehn. Ist aber das Gegentheil richtig, dann würde Scholz auch das Gegentheil daraus folgern müssen. Mit dieser meiner Ansicht steht die Bemerkung in meinem angef. Handb. I. S. 321. Note 2. nicht im Widerspruche, denn da ist ohnehin von Posten die Rede, die zusammengerechnet werden dürfen.

werfung der Appellation verpflichtet ist, wenn es bezüglich der einzelnen Posten an der Appellationssumme fehlt; und von diesem Verwerfen ist das Aufhören des gemeinschaftlichen Berufungsverfahrens eine sich von selbst ergebende Folge. Das Recht sowie die Pflicht hierzu ist dem Berufungsrichter nach den Vorschriften über die Nothwendigkeit der Berufungssumme durch die Gesetze ausdrücklich gegeben. Der Umstand, daß die Connexität objectiv verbundener Sachen eine formelle ist, entscheidet freilich nicht (das Gegentheil habe ich auch nicht behauptet); aber der Grund davon liegt nicht darin, weil die Appellationssumme etwas Formelles ist. Denn man zählt zwar die Appellationssumme uneigentlich zu den Formalien [1]); aber etwas Formelles ist sie darum nicht. Auch darüber bin ich nicht zweifelhaft, daß wenn es sich de lege condenda handelt, es vorzuziehen ist, die Waagschale zu Gunsten der unbedingten Zusammenrechnung ziehen zu lassen [2]); aber solche Argumente beweisen nichts für ein bestehendes System.

Die von Scholz im §. 7. S. 355. u. S. 364. Note der Abh. mir unterlegte Meinung habe ich, meines Erinnerns, nirgends, das Gegentheil aber in der bei Scholz S. 349. mitgetheilten Stelle ausgesprochen, in den Worten: „noch kann von einer an sich nicht appellablen Sache deßhalb appellirt werden, weil sie auf dem Wege objectiver Klagenhäufung mit einer appellablen in Verbindung gebracht ist, u. s. w.“ Es versteht sich daher ganz von selbst, daß nach meiner Ansicht der Berufungsrichter jeden Punkt, der als eine für sich bestehende Klage angesehen werden muß, und weder zusammengerechnet

---

[1]) S. meinen Aufsatz in der Zeitsch. f. C. u. Proz. XV. S. 136. f.

[2]) S. auch Badische P. O. §. 1174. Ziff. 4. »wird die Beschwerde gegen mehrere Theile eines Erkenntnisses gerichtet, so werden zur Bestimmung der Appellationssumme die Summen aller einzelnen Beschwerden zusammengerechnet;« Ziff. 5. »eine gleiche Zusammenrechnung des Betrags ihrer sämmtlichen Beschwerden findet bei mehreren Streitgenossen Statt.«

werden darf, noch allein die Appellationssumme erreicht, als nicht erwachsen zurückweisen muß.

§. 14.

Wenn ich, nach dem seither Ausgeführten meine früher entwickelte Theorie noch immer als die im positiven Prozeßrechte begründete, und mit den Grundsätzen des Instituts der Appellationssumme in Folgerichtigkeit stehende, betrachten muß; so bin ich dennoch weit entfernt zu widersprechen, weder, daß die jenseitigen Ansichten in der Rechtsanwendung selbst von jeher mehr in Uebung waren und noch sind, noch auch daß sie für eine neue Gesetzgebung empfehlenswerther seyn. Dieses Letztere auch nicht etwa aus dem Grunde, weil ich, bei meinen Ansichten über den Werth und die Bedeutung des Instituts der Appellationssumme überhaupt, jeder Bestimmung, welche das Institut möglichst in der Anwendung beschränkt, das Wort zu reden geneigt seyn könnte; sondern aus den Gründen, welche die Einführung des Instituts vernünftigerweise allein begründen können, nämlich Verhinderung, daß die höhern Gerichte nicht durch Sachen von geringerem Belange belästigt, und die streitenden Theile nicht mit unverhältnißmäßigen Kosten beschwert werden. Daß beide Rücksichten in Fällen fraglicher Art in der Regel nicht eintreten, darauf ist bei Pfeiffer S. 307. f. aber schon aufmerksam gemacht.

§. 15.

X. Die Frage: inwiefern in Streitigkeiten bei Gelegenheit eines Concurses mehrere Liquidationsposten zur Herstellung der Appellationssumme zusammengerechnet werden dürfen? habe ich ebenfalls früher schon einer Prüfung zu unterwerfen versucht [1]). Insofern die Frage nun blos um die Zulässigkeit des Zusammenrechnens mehrerer Liquidationsposten sich dreht; entscheiden darüber die unmittelbar vorher besprochenen Grundsätze, denn je nachdem man dieselben in

[1]) Mein Handb. üb. Rechtsmittel I. §. 88. S. 319. f.

dem von Pfeiffer oder mir als richtig behaupteten Sinne voraussetzt, wird das practische Resultat in der Anwendung verschieden sich gestalten müssen.

Was dagegen insbesondere die Berechnung der Appellationssumme bezüglich der Appellation gegen diejenigen Erkenntnisse anbetrifft, welche in dem Concursverfahren in Beziehung auf den Rangstreit unter mehreren Gläubigern erfolgen, so habe ich die Behauptung aufgestellt; daß wenn der Liquidant in Folge des Prioritätserkenntnisses mit einem Betrage seines Liquidums, der die Appellationssumme ausmache, nicht dem gebührenden Vorzugsrechte gemäß locirt sey, der Zulässigkeit der Appellation, rücksichtlich der Appellationssumme nichts entgegenstehe; also auf den Betrag der angeblich widerrechtlich vorlocirten Forderungen nichts ankomme. Die Richtigkeit dieser Ansicht bestreitet Pfeiffer [1]), davon ausgehend: daß die Grundansicht, von welcher ich ausgegangen, irrig sey, und er findet „das wesentlich Eigenthümliche der Berechnung der Appellationssumme in Beziehung auf solche Erkenntnisse ganz einfach in dem Verhältnisse, worin ein Gläubiger zu dem andern in Beziehung auf die Rangstreitigkeit stehe, wo nämlich das Mehrfache der hierbei zu berücksichtigenden Interessen darin beruhe, daß hier von jedem der um den Vorrang streitenden Gläubiger eine selbstständige Forderung geltend gemacht würde, und das Interesse, welches der gegen das über den Rangstreit entscheidende Erkenntniß appellirende Theil bei der in der obern Instanz zu erlangenden Abänderung habe sich als ein zusammengesetztes, aus der gleichzeitigen Berücksichtigung der Forderung des Appellanten und der des Appellaten darstelle." Zur Begründung dieser Ansicht führt Pfeiffer an:

1) Wenn die Appellationssumme überhaupt nach demjenigen Betrage sich bestimme, um welchen der Appellant sich durch

[1]) a. a. O. S. 333. f. §. 33. f.

das angefochtene Erkenntniß beschwert achte, so könne auch in einem Falle der vorliegenden Art die Appellabilität lediglich nach dem Betrage beurtheilt werden, mit dessen Verlust der appellirende Theil sich, wenn das gegen ihn erfolgte Erkenntniß unabgeändert stehen bliebe, bedrohet sehe." Daneben behauptet Pfeiffer: daß „eine Berücksichtigung der Größe und Zulänglichkeit der zu vertheilenden Masse dabei nicht in Betracht kommen könne, denn wenn auch diese nicht ohne Einfluß auf die Voraussetzung eines dem Appellanten drohenden Verlustes, und insonderheit der Größe desselben sey, so könne solches doch hier, wo lediglich von einer Entscheidung über den Rangstreit die Rede sei, nur als ein blos zufälliges betrachtet werden." Es scheint aber, daß diese beiden Betrachtungsweisen nicht neben einander bestehen können, daß die der einen zu Grunde liegende Ansicht, die andere ausschließe. Denn wenn man einmal davon ausgeht, daß es richtig stehe, auf den drohenden Verlust zu sehen, so kann der Betrag des Verlustes, womit sich der Appellant bei unabgeändertem Erkenntniß bedroht sieht, lediglich nach der Zulänglichkeit der zu vertheilenden Masse ermittelt werden [1]), weil wenn diese vollständig zureicht, den Appellanten auf der ihm angewiesenen Stelle zu befriedigen, ihm kein reeller Verlust droht; mit dieser Ansicht, daß auf den reellen Verlust lediglich zu sehen, ist aber die andere, daß es sich lediglich um einen Rangstreit handle, durchaus unvereinbar, was Pfeiffer auch selbst damit ausspricht, daß er ausdrücklich bemerkt, es komme auf die Zulänglichkeit der Masse nichts an. Die Ansicht daß es in dem Fragefalle sich blos um einen Rangstreit drehe, habe ich in meinen frühern Darstellungen selbst wieder-

[1]) Daß hierüber keine zuverlässige und unabänderliche Berechnung aufgestellt werden kann, und aus diesem Grunde Bedenken zu erheben sind, (mein Handb. a. a. O. S. 335. f.) gehört zunächst nicht hierher.

holt geltend gemacht, und folgerichtig behauptet, daß die Bestimmung der Größe des Objects dieses Rangstreits der Betrag des, nach der Behauptung des Appellanten unrichtig locirten, von ihm liquidirten Postens sey, dieser also auch allein als das Object der Appellationssumme erscheine. Gerade von der Ansicht ausgehend, daß lediglich von der Entscheidung über den Rangstreit die Rede sey, kommt man zu dem Ergebniß, daß nichts darauf ankommen kann, wie groß die Forderung des Appellaten ist, und auch nichts darauf, ob der Appellant an der ihm angewiesenen Stelle, in Folge der dem Appellaten nach Maßgabe des Locationserkenntnisses zu Theile werdenden Befriedigung gegen den Letzteren um so viel zurücksteht, als die Appellationssumme ausmacht; denn der Begriff eines Rangstreits ist nicht bedingt durch die Wirklichkeit eines Verlusts, oder auch nur einen drohenden Verlust. Die rechtliche Zulässigkeit eines solchen Rangstreits setzt nur voraus, daß einer Forderung nicht die ihr gebührende Stelle angewiesen ist, und ist die angewiesene Stelle die unrichtige, so bleibt sie dieses selbst dann noch, wenn an dieser unrichtigen Stelle auch vollständige Befriedigung erfolgen würde. Ob es, wenn man an der unrichtigen Stelle vollständige Befriedigung zu erwarten hat, räthlich sei, blos des Ranges wegen, zu appelliren[1]), ist eine Frage, die mit der, über die Zulässigkeit einer solchen Appellation nichts gemein hat. Die Frage nach dem Werthe des Objects eines Rangstreits der fraglichen Art, also die Frage nach dem Vorhandenseyn der Appellationssumme, entscheidet sich nach der angeblich irrig locirten Forderung des Appellanten; wer ihm vorgesetzt, welche Beträge ihm vorgesetzt worden sind, ist gleichgültig, denn der Appellant streitet zunächst und allein nur um den Vorrang seiner Ansprüche, und bestreitet blos folgeweise den Rang Dritter Forderungen, um den Vorrang seiner eigenen auch in relativer Abwägung klar

[1]) Bayer Concursproz. §. 64. N. 7. S. 202.

zu stellen. Der Betrag dieser Forderungen Dritter ist dabei etwas eben so Unerhebliches als Zufälliges; nur der diesen Forderungen gegebene Vorrang kommt in Betracht gegen den angeblich beeinträchtigten Vorrang der appellantischen Forderung, und diese ist der Summe nach appellabel, wenn ihr Object die Appellationssumme erreicht. Ich kann die Pfeiffer'sche Behauptung nicht für bewiesen erkennen, sie erscheint mir vielmehr als eine nicht näher begründete Ansicht, und die dafür aufgestellten Sätze beweisen, wie so eben angedeutet, viel mehr gegen die aufgestellte Behauptung als dafür, und ich vermag sonach nicht

2) durch jene Ausführung die von mir aufgestellten Grundsätze für wiederlegt zu betrachten, und es wäre mir deßhalb eine schrittweise Erörterung zum Zwecke genauerer Widerlegung, welche Pfeiffer nicht für nothwendig hielt [1]) sehr erwünscht gewesen. Bezüglich zweier Bemerkungen, die Pfeiffer einer speciellen Prüfung unterworfen, sei es mir gestattet, hier gleichfalls einer Erwiderung Raum zu geben.

a) In meiner frühern Darstellung hatte ich bemerkt: es komme bei der Frage nach dem Daseyn der Appellationssumme nur darauf an, ob der Liquidant behaupten könne, daß in Gemäßheit des Prioritätserkenntnisses er mit einem Betrage seines Liquidums, der die Appellationssumme ausmache, nicht so locirt worden sey, wie es dem Rechte gemäß gewesen. Wer ihm vorlocirt worden sei, und wem er vorlocirt werden wolle, wie groß der Betrag der angeblich begünstigten Forderung sei, darauf komme nichts an. Und dennoch habe man seither auf diese Umstände entscheidendes Gewicht gelegt. Man denke sich die Sache nämlich so: „wenn ein Liquidant mit einer unstreitig appellablen Summe mehrern Mitgläubigern vorgezogen werden wolle, so sey er in der That nur in dem Betrage lädirt, in welchem jene Mitgläubiger durch ihre Vorlocirung

[1]) Pfeiffer a. a. O. §. 34. S. 337.

eher befriedigt würden; wenn also die, angeblich widerrechtlich jenem Liquidanten vorlocirten Gläubiger nicht mit einem die Appellationssumme erreichenden Betrage vorlocirt wären, so sey jener sich beschwerende Liquidant auch nicht im Betrage der Appellationssumme beschwert." Ich hatte sodann ferner bemerkt, daß man auf diesem Wege die Sache behandelnd, von Voraussetzungen ausgegangen sey, welche Schwierigkeiten geschafft haben, die gar nicht existirten. Pfeiffer bemerkt dagegen; er behaupte gerade umgekehrt, daß dadurch die ganze Streitfrage auf den möglichst einfachen Standpunkt geführt, und jede dabei sonst erregte Schwierigkeit auf das Befriedigendste gelöst werde. Was nun die von mir für meine Behauptung angeführten Gründe anbetrifft, so wird bemerkt, daß diese ganz leicht sich beseitigen lassen, indem

α) mein Grund: „es müsse auffallen, und stoße gegen die in allen andern Fällen bei Berechnung der Appellationssumme zur Anwendung kommenden Grundsätze an, daß bei Prioritätsstreitigkeiten die Appellationssumme nicht nach dem Werthe der Beschwerde des Appellanten, sondern auch von den Vortheilen abhängen solle, welche Dritte dadurch gewännen, daß der Beschwerde des appellirenden Gläubigers nicht abgeholfen werde;" eine ganz offenbar irrige Auffassung jener an und für sich richtigen Voraussetzung sey, denn bei der hiernach für nothwendig erklärten gleichzeitigen Berücksichtigung der Forderung des vorgesetzten Gläubigers erscheine dessen aus der Beibehaltung seiner vorzüglicheren Location entspringende Gewinn als etwas blos Zufälliges und durchaus Gleichgültiges, und nur der Verlust, welcher den nachgesetzten Gläubiger in Folge seiner Zurücksetzung gegen jenen bedrohe, entscheide über die Appellabilität seiner Beschwerde gegen das Locationserkenntniß. Dagegen muß ich vor allem erwidern: daß meine Auffassung doch wohl nicht ganz offenbar irrig ist; denn allerdings wird durch den möglichen Gewinn der Appellaten nach der jenseitigen Auffassung der Verlust des Appellanten be-

stimmt; indem durch die Behauptung Pfeiffers S. 334., welche hier S. 195. unter 1. angeführt ist, nichts anderes gesagt wird, als: nach dem angeblichen Gewinn des Appellaten berechnet sich die Appellationssumme des Appellanten. Sodann scheint es mir wieder, daß Pfeiffer hier abermals in Widersprüche geräth; denn während nach S. 335. der Pfeiffer'schen Darstellung der Verlust des Appellanten durch die Vorlocirung des Appellaten als etwas blos Zufälliges anzusehen ist, was beim Rangstreite nicht in Betracht kommen dürfe, soll nach S. 338. der Gewinn des Appellaten als etwas blos Zufälliges und durchaus Gleichgültiges, und nur der Verlust des Appellanten über die Appellabilität seiner Beschwerde gegen das Locationserkenntniß entscheiden. Daß aber bei einem Rangstreite es überhaupt nicht auf den möglichen Gewinn oder Verlust ankomme, ist oben schon bemerkt.

β) Die von mir versuchte Nachweisung der Absurdität des jenseitigen Princips, weil sich aus demselben ergibt, daß ein Liquidant mit einer appellablen Summe wegen Mangels eines Gegners nicht werde appelliren können, in dem Falle nämlich, wenn ein unter die Chirographarien locirte Gläubiger unter die Hypothekarier zu gehören behauptet, ohne jedoch einem dieser vorgezogen oder auch nur gleich gestellt seyn will; ist gleichfalls nicht beseitigt, denn die Entscheidungen welche, zu meiner Widerlegung, Pfeiffer gibt, reichen theils nicht aus, beweisen theils für meine Ansicht. Denn wenn Pfeiffer zugiebt, daß wenn man mit mir annehme, daß einem solchen Gläubiger bei seiner Appellation keiner aus den Mitgläubigern als Appellat gegenüberstehe, es sich von selbst verstehe, daß bei dem Werthanschlage seiner Beschwerde auch keine Forderung eines solchen Gläubigers mit berücksichtigt werden könne; so ist damit zugleich zugegeben, daß das jenseitige Princip wenigstens einer durchgreifenden Anwendung nicht fähig ist, weil seine consequente Anwendung zu einer Absurdität führte. Die Entscheidung, welche hier Pfeiffer gibt aber selbst nicht bil-

ligt, halte ich an sich für richtig, und sie ist eine folgerichtige Anwendung der von mir behaupteten Grundsätze. Die Entscheidung aber, welche Pfeiffer den Verhältnissen angemessener hält, nämlich: „man betrachtet die sämmtlichen Mitgläubiger der letzten Classe als die dem appellirenden Gläubiger gegenüberstehenden Appellaten," hat nach der fernern Entwicklung Pfeiffer's wieder alles gegen sich, was überhaupt gegen die Ansicht, daß der Werth der appellantischen Beschwerde nach dem appellatischen Nutzen bemessen werden soll, spricht; und endlich reicht ein solcher Ausweg nicht aus, wenn kein Chirographarier den Vorzug des sich beschwert haltenden angeblichen Hypothekargläubigers bestreitet, vielmehr alle Chirographarier und Hypothekarier, welche dem sich beschwert erachtenden Liquidanten vorgezogen oder gleichgestellt sind, anerkennen, daß dieser Liquidant nur das Rechte verlange.

b) Meine Bemerkung: es sei nicht unbedingt wahr, daß ein mehreren Mitgläubigern widerrechtlich nachgesetzter Gläubiger effectiv nur in dem Betrage, worin ihm diese vorgesetzt seyen, benachtheiligt sey, indem es sich ausnahmsweise ereignen könne, daß noch später ein Gläubiger nach stattgehabter Distribution der Masse gegen die Präclusion restituirt, und mit seinem Vorzugsrechte gerade unmittelbar vor denjenigen gestellt werde, dem früher mehrere Mitgläubiger selbst schon widerrechtlich vorgesetzt waren; wird von Pfeiffer deßhalb als unerheblich betrachtet, weil nach der allgemeinen Regel des Prozesses nur eine solche Beschwerde, welche durch das angefochtene Erkenntniß schon wirklich zugefügt worden, zur Begründung einer Appellation überhaupt geeignet sey, woraus folge, daß auch nur eine solche bei der Berechnung der Appellationssumme in Betracht kommen könne; auch in einem solchen Restitutionsfalle dem zurückgewiesenen Appellanten nunmehr von Neuem eine selbstständige Berufung gegen das den restituirten Gläubiger ihm vorsetzende Erkenntniß zu gestatten sei, sofern derselbe sich dadurch in einem die Appellationssumme

erreichenden Betrage beschwert halte. — Daß durch diese Entgegnung die Richtigkeit meiner Behauptung an und für sich nicht widerlegt worden, ist für sich klar; denn wenn auch alles richtig steht, was Pfeiffer zur Widerlegung bemerkt, so kann daneben nicht nur die Statthaftigkeit meiner Anführung bestehen, sondern die Anwendbarkeit der Pfeiffer'schen Gegenbemerkungen setzt die Realität meiner Behauptung nothwendig voraus. Es geht aber außerdem aus meiner ganzen frühern Entwicklung der Grundsätze über die vorliegende Streitfrage hervor, daß ich das, jetzt zur Frage stehende Argument nicht als das zunächst und hauptsächlich für meine Ansicht entscheidende, sondern als ein Nebenargument hingestellt habe, aus welchem die Fehlerhaftigkeit jeder entgegengesetzten Ansicht, und wie solche auf falschen Unterstellungen beruhe, dargethan werden sollte. Ich habe niemals behauptet oder zugegeben, daß die Appellabilität eines Liquidums bei Prioritätsstreitigkeiten bezüglich der Appellationssumme bedingt sei durch die Voraussetzung, daß der Appellant auf der ihm durch das Locationserkenntniß angewiesenen Stelle seine Befriedigung wenigstens im Betrage der Appellationssumme nicht wirklich erhalte, und deßhalb kann meine Ansicht auch nicht durch die Nachweisung darauf bezüglicher Möglichkeiten bestritten werden. Wohl aber kann ich entgegengesetzte Theorien, welche auf einer solchen Voraussetzung, die ich zurückgewiesen habe, beruhen, mit der Nachweisung bestreiten, daß solche Voraussetzungen oft sehr bedenklicher Natur sind. Die an sich richtige Lehre, daß nur wirklich schon zugefügte Beschwerden eine Appellation zu begründen vermögen, steht meiner Theorie nicht entgegen, weil ich stets eine wirklich begründete Beschwerde voraussetze, die ich zureichend in einer fehlerhaften, die Prioritätsansprüche des Appellanten verletzenden Location finde, ohne Rücksicht darauf, ob diese Beschwerde bei der Distribution zu einer reellen Beeinträchtigung führt oder nicht: Außerdem ist aber auf die Gegenargumentation auch noch zu erwidern, daß die von Pfeif-

fer dem abgewiesenen Appellanten vorgezeichneten Wege, sich später noch zu seinem Rechte zu verhelfen, allerdings geeignet erscheinen, einen Rechtsspruch zu erwirken; ob aber auch eine Realisirung desselben, wie solche bei Gelegenheit der Distribution der Masse, bleibt dann abermals zweifelhaft.

3) Endlich kann meiner Bemerkung: daß nach der gegnerischen Ansicht in einem Lande, wo 300 Gulden die Appellationssumme sei, und die Masse aus 299 Gulden bestehe, und nur ein privilegirter Gläubiger mit einem oder mehreren nicht privilegirten liquidirte, der Richter auf die ungerechteste Weise sämmtliche nicht privilegirte Forderungen, der appellablen privilegirten Forderung vorsetzen könne, ohne daß dieser gegen die Verletzung auf dem Wege der Appellation Hülfe zu verschaffen wäre; nicht entgegnet werden, daß dieser Grund nichts entscheide, weil er in allen den Fällen Anwendung finde, wo ein Unterrichter in einer nicht appellablen Sache ein offenbar ungerechtes Urtheil fälle; denn ich setze ja keine nicht appellable, sondern eine appellable Sache voraus, und habe mein Argument blos darum hingestellt, um die Folgen zu zeigen, welche es hat, wenn man bei Erledigung unseres Gegenstandes eine appellable Sache als eine nicht appellable behandelt. Um die eigentliche Bedeutung meiner hier zur Sprache gebrachten Bemerkung aufzufassen, möchte ich fragen: ob man wohl in einem Falle, in welchem der Kläger eine die Appellationssumme erreichende Forderung einklagte, aber abgewiesen wurde, die Appellation deßhalb für unzuläßig erklären würde, weil der Beklagte nicht so viel Vermögen besitze, um im Falle der Verurtheilung den Appellanten bis zum Betrage der Appellationssumme bezahlen zu können? oder würde man, wenn ein Beklagter bis zum Betrage der Appellationssumme verurtheilt wäre, bei Gelegenheit der Execution aber die Einrede der Competenz vorschützte, diese vom Richter für begründet erklärt würde, der Kläger aber dagegen appellirte, und der Beklagte nun nachwieß, daß sein ganzes Vermögen nicht den Betrag der

Appellationssumme erreiche, deßhalb die Appellation für unzuläßig erklären? In beiden Fällen wäre es, wie unterstellt wird, eben so gewiß, als im obige Falle eines Prioritätsstreits, daß der Appellant nicht im Betrage der Appellationssumme Befriedigung zu erwarten hätte. Wenn nun im Concursprozesse kein anderes Recht gilt, als dasjenige, wornach geurtheilt werden muß, wenn über die Forderungen außer dem Concurse gerichtlich verhandelt wird, und wenn das Concursverfahren nur dadurch zu Eigenthümlichkeiten führt, daß wegen der Ueberschuldung eines Schuldners die Verschleuderung des Vermögens verhütet, und das vorhandene nach Rücksichten begründeter Vorzugsrechte vertheilt werden soll; wo liegt dann im Wesen des Concursprozesses ein zureichender Grund für die Behauptung, daß die Grundsätze über Berechnung der Appellationssumme bei Prioritätsstreitigkeiten, die in der That nichts anderes als Vorbereitungen zur Execution sind, andere seyen, als die, welche bei Streitigkeiten in der Executionsinstanz außer dem Concurse zur Anwendung kommen. Ueberhaupt darf man bei Lösung unserer Frage nicht übersehen, daß alle Eigenthümlichkeiten des Concursprozesses als Mittel zu Zwecken erscheinen, welche die Rechtsverfolgung blos in Bezug auf die Execution in ein bestimmtes, vorhandenes, unzureichendes Vermögen in gewisser Weise beschränken, andere Beschränkungen und Verkümmerungen der Rechtsverfolgung aber dadurch nicht gerechtfertigt sind. Von diesem Standpunkte aus sind auch

4) Die Bemerkungen Pfeiffer's a. a. O. §. 35. und anderer, daselbst angeführter Schriftsteller zu prüfen, denn insofern dieselben abweichend von der von uns vertheidigten Ansicht sind, wird ihre letzte Begründung stets in Eigenthümlichkeiten im Concursverfahren unterstellt, und insofern diese Eigenthümlichkeiten weder von vornherein bewiesen sind, noch bewiesen werden dürften, konnte ich früher schon entgegnen, daß jene Entwicklungen das zu Begründende als begründet voraussetzen.

§. 16.

XI. Auch über die Appellationssumme bei Prioritätsstreitigkeiten außer dem Concurse, bei Arrestsachen und Pfandklagen stellt Pfeiffer a. a. O. §. 36. Grundsätze auf, die große Bedenklichkeiten erregen.

1) Unter Prioritätsstreitigkeiten außer dem Concurse werden die Fälle verstanden, welche dadurch entstehen, daß ein Gläubiger, zum Zwecke seiner Befriedigung einen Vermögensgegenstand seines Schuldners in Anspruch nimmt, derselbe Gegenstand aber auch zugleich von einem andern Gläubiger zu gleichem Zwecke in Anspruch genommen wird, und hieraus sich ein Streit dieser Gläubiger über den Vorzug in der Befriedigung aus dem bestimmten Executionsobjecte sich entspinnt, ohne daß jedoch in dem Zusammentreffen der mehreren Gläubiger ein genügender Grund, den förmlichen Concurs zu erkennen, hervorgeht. Wenn es in diesem Prioritätsstreite zu einem Erkenntnisse über den Vorzug kommt, und gegen dieses Erkenntniß von einem oder mehreren der streitenden Gläubiger gegen einen oder mehrere derselben die Berufung ergriffen wird, so soll, um die Erwachsenheit derselben anzunehmen, nach Pfeiffer zunächst, wie bei dergleichen Appellationen im Concursverfahren, erforderlich seye: daß nicht nur a) die dem appellatischen Theile nachgesetzte Forderung des appellirenden, sondern zugleich auch b) die letzterem vorgesetzte Forderung des ersteren, die Appellationssumme erreiche, und außerdem hierbei c) auch der Betrag des Executionsobjects, so weit es von dem appellantischen Theile als Mittel seiner Befriedigung in Anspruch genommen werde, wesentlich in Berücksichtigung komme, und dieses in einer dreifachen Beziehung, indem zur Annahme der Erwachsenheit einer Berufung jener Art erfordert werde erstens: daß das Executionsobject an und für sich der Appellationssumme an Werth gleichkomme, indem, wenn solches nicht der Fall wäre, der Appellant, auch wenn er in Folge des seinem Gegner durch den angefochtenen Bescheid

zuerkannten Vorzugs gänzlich von der Befriedigung aus dem bestimmten Executionsobjecte ausgeschlossen würde, hierdurch doch nicht mehr als den Werth dieses letztern einbüßen würde; zweitens: daß aber dasselbe überdies so beträglich sey, um, nach Abzug desjenigen Forderungsbetrags, in Beziehung auf welchen der Appellant das Vorzugsrecht eines oder mehrerer anderer Gläubiger nicht bestreite, noch einen die Appellationssumme erreichenden Werth zu behalten, da in diesem Falle das Interesse des Appellanten lediglich auf diesen noch übrigen Werth beschränkt sey, drittens: daß das Executionsobject nicht von so großem Belang sey, um, nach Abzug des Forderungsbetrages des oder derjenigen dem Appellanten vorgesetzten Gläubiger, gegen deren Bevorzugung die Beschwerde desselben gerichtet ist, noch einen auch zu seiner vollständigen Befriedigung genügenden Betrag übrig zu lassen, indem, wenn dies der Fall wäre, es dem Appellanten gänzlich an einem rechtlichen Interesse bei der durch seine Berufung zu erlangenden Abänderung des angefochtenen Erkenntnisses in jener Beziehung fehlen würde.

Hiergegen ist zu bemerken: daß in diesem Falle, aus den im vorigen §. 15. entwickelten Gründen, es lediglich darauf ankommt, ob die Forderung des Appellanten, insofern sie die Veranlassung zu diesem Prioritätsstreit gibt, die Appellationssumme erreicht. Es kommt also weder auf den Betrag der Forderung des Appellaten, noch auf den des Executionsobjects etwas, also insbesondere nichts darauf an, ob nach Abzug des, anerkannt den Vorzug verdienenden Betrags der appellatischen Forderung, der Betrag der Appellationssumme übrig bleibt; denn nicht das Interesse des Appellanten nach dem Werthe der Hülfsvollstreckungsmittel, sondern der Werth der Beschwerde an und für sich entscheidet, wie früher nachgewiesen worden ist. Eben darum kann aber auch nicht behauptet werden, daß es dem Appellanten an einem rechtlichen Interesse bei der Berufung fehle, wenn er auch ohne Anerkennung sei-

nes Vorzugsrechtes seine Bezahlung aus dem Objecte verlangen kann. Dieser Fall setzt ohnehin solche Verhältnisse, beziehungsweise einen solchen Betrag des Executionsobjects, worüber sich der Prioritätsstreit entspinnt, voraus, daß die appellatische wie die appellantische Forderung damit vollständig befriedigt werden kann; und wenn es nun richtig wäre, daß aus einem solchen Grunde der Appellant kein rechtliches Interesse habe, eine Abänderung des angefochtenen Erkenntnisses zu verlangen; dann müßte derselbe Grund auch dafür entscheiden, daß weder der Appellat noch der Appellant den unterstellten Prioritätsstreit hätte beginnen dürfen; es müßte also consequent behauptet werden, daß es bei solcher Unterstellung gar zu keinem Prioritätsstreite und Entscheidung des Vorzugs kommen sollte.

2) Bezüglich der Appellationen im Arrestprozesse, kann an diesem Orte stets nur der Fall in Betracht kommen, in welchem der Gegenstand des Arrestes nicht eine Person, sondern eine Forderung oder ein sonstiges Vermögensstück ist. Denn daß es bei Appellationen gegen verfügten Personalarrest nicht auf eine Appellationssumme von Seiten des Impetraten als Appellanten ankommen darf, ist von Pfeiffer wiederholt[1]) selbst bemerkt worden. Was nun aber den Realarrest anbetrifft, so ist dabei nicht zu übersehen, daß jeder Arrest ein Anfang einer Execution vor der Executionsinstanz ist, eine provisorische Maßregel, wodurch die Möglichkeit der Execution einer demnächst rechtskräftig zuerkannten Schuld sicher gestellt werden soll. Darum muß es in allen Fällen genügen, daß nur die angebliche Forderung selbst die Appellationssumme erreiche, denn der Arrestgegenstand steht mit dem Erkenntnisse über die Hauptsache niemals in einem Zusammenhange, „und kommt nur als Mittel der Vollstreckung desselben in Betracht, dessen Unzulänglichkeit zu diesem Zwecke aber an der Entscheidung in

[1]) Pfeiffer a. a. O. S. 241. 348. 368.

der Hauptsache nichts ändert, und deren rechtliche Wirksamkeit in Beziehung auf andere Vollstreckungsmittel zu beschränken nicht geeignet ist," wie Pfeiffer S. 350. sehr genau das Verhältniß bezeichnet, womit aber die frühere Aeußerung desselben Gelehrten S. 349. nicht übereinstimmt, wornach alsdann, wenn durch das angefochtene Erkenntniß sowohl über die Forderung selbst, als auch unmittelbar über den Arrest entschieden wird, die Appellationssumme sowohl in Beziehung auf das Arrestobject, als in Beziehung auf die Forderung selbst, jedes für sich allein betrachtet, als nothwendig vorhanden gefordert wird. Denn daß in dem unterstellten Falle das Arrestobject den unmittelbaren Gegenstand der angefochtenen Entscheidung ausmacht, entscheidet nichts, weil dieses bei Erkenntnissen in Arrestsachen ja immer der Fall so gewiß ist, als es Erkenntnisse in Arrestsachen sind, und dabei aus dem von Pfeiffer S. 350. angegebenen, und so eben mitgetheilten, Grunde auf den Betrag des Arrestobjects nicht ankommen darf. Dagegen ist nicht blos ein dritter Inhaber, sondern der angebliche Schuldner selbst, wenn der eine oder andere als Appellant wegen einer mit Arrest belegten Sache auftritt, befugt nachzuweisen, daß sein Interesse am Arrestobjecte den Betrag der Forderung des Impetranten übersteigt, und die Appellationssumme erreicht, wenn die Forderung des Impetranten auch geringer als die Appellationssumme sich darstellt; denn der von Pfeiffer für das Gegentheil angeführte Grund, nemlich: „daß ein Vermögensnachtheil, welcher durch Bezahlung eines die Appellationssumme nicht erreichenden Geldbetrages abgewendet werden könne, nicht über diesen Betrag anzuschlagen sey; drückt ein Princip aus, das an sich nicht zu bestreiten ist, aber in der davon gemachten Anwendung zu weit führt; denn es handelt sich, bei der Frage nach dem Vorhandenseyn der Appellationssumme nicht darum, mit welchem Opfer man etwa einen drohenden Schaden abwehren kann, sondern in welchem Betrage eine Entscheidung beschwerend ist; und wenn der Rich-

ter durch eine Arrestverfügung den Impetraten verhindert über ein Object im Werthe von vielen Tausenden frei zu verfügen, so hebt der Umstand, daß er ihm zugleich gestattet, vermittelst Zahlung oder auch nur Deposition von Hundert, jenem Arrest auszuweichen, die in der Arrestverfügung liegende Beschwerde nicht auf; und wenn Impetrat, — was ja auch eine rein thatsächliche, das Rechtsverhältniß gar nicht berührende Beziehung ist — nicht über Hundert verfügen kann oder will, so ist doch ebenfalls wieder klar, daß in der Anwendung jenes Prinzips auf seine Verhältnisse eine eben so willkührliche als harte Maßregel liegt, die weder ein Gesetz noch die Natur des Verhältnisses rechtfertigt. Wäre das Princip aber anwendbar, dann ließe sich nicht einsehen, warum es gegen einen dritten Inhaber, der wegen einer mit Arrest belegten Sache als Appellant auftrete, nicht sollte zur Anwendung kommen, denn die innere Wahrheit des Princips bleibt diesem gegenüber doch wahrlich dieselbe, als dem Schuldner gegenüber. Und wenn der Unterschied zwischen jenem Dritten und dem angeblichen Schuldner darin gefunden werden soll, daß jenem Dritten die Forderung als solche gar nichts angeht, so ist darauf zu erwiedern: daß die Voraussetzung, als wenn sie den angeblichen Schuldner etwas angehe, nicht rechtlich begründet ist, da im Arrestprozesse über die Schuld selbst rechtskräftig weder entschieden zu seyn braucht, noch regelmäßig entschieden ist, und eben so gut entschieden werden kann, daß den angeblichen Schuldner die Forderung nichts angehe.

Die Behauptung Pfeiffer's endlich: daß neben der Erwachsenheit des Forderungsbetrags auch die des Arrestgegenstandes dann erforderlich sey, wenn die zur Sicherung der Forderung gereichende Arrestanlegung zugleich die Wirkung, den Gerichtsstand für den Schuldner zu begründen, haben solle, scheint gleichfalls nicht bewiesen zu seyn; denn der dafür angeführte Grund: „weil die rechtliche Wirksamkeit eines in der Hauptsache verurtheilenden Erkenntnisses des nur in Folge der Ar-

reſtanlegung zuſtändigen Gerichts lediglich auf den Arreſtgegenſtand beſchränkt ſey" würde, deſſen Richtigkeit an ſich vorausgeſetzt, nur beweiſen, daß durch das Arreſtobject, wenn es im Werthe nicht der Forderung wenigſtens gleich komme, das in der Hauptſache erkennende Gericht nicht in der Lage wäre, in der Executionsinſtanz dem Gläubiger zu vollſtändiger Zahlung zu verhelfen. Derartige, rein zufällige Verhältniſſe haben aber in keiner Weiſe Einfluß auf die Beſtimmung der Appellationsſumme oder auch nur auf Gerichtszuſtändigkeit an ſich.

3) In Beziehung auf Pfandklagen iſt ſchon oben das Erforderliche bemerkt (§. 10.).

(Fortſetzung folgt.)

VII.

Zu der Lehre von dem Fruchterwerbe des bonae fidei possessor.

Von

Marezoll.

§. 1.

Ueber die Art und über das Weſen desjenigen Rechtes, welches der b. f. possessor an den Früchten der fremden Sache, nach ihrer Separation, erwirbt, iſt noch in den neueſten Zeiten viel geſtritten worden. Eine Literärgeſchichte der ganzen Controverſe zu liefern, liegt außer dem Plane dieſer jetzigen Abhandlung. Auch iſt ſie bereits von Andern geliefert worden[1]). Eben ſo wenig wird eine erſchöpfende Darſtellung jener ganzen Lehre, mit den vielen Nebenfragen, die dabei zur Sprache kommen und mit der Hauptfrage mehr, oder weniger genau zuſammenhängen, hier beabſichtigt. Denn das würde theils zu unnöthigen Wiederholungen, theils auch ſonſt viel weiter führen, als die Grenzen dieſer Zeitſchrift geſtatten. Nur einzelne Puncte ſollen hier hervorgehoben und einer wiederholten Prüfung unterworfen werden.

[1]) S. beſ. Backe dissert. bonae fidei possessor quemadmodum fructus suos faciat. Berol. 1825. praef. pag. 1 — 6.

Mit den neueſten Forſchungen ſtimme ich darin überein, daß das *fructus suos facere* des Beſitzers im guten Glauben einen wahren Eigenthumserwerb bezeichne, d. h. den Erwerber nicht blos zum b. f. possessor, ſondern auch zum wirklichen dominus der Früchte mache. Ferner, daß, für dieſen Fruchterwerb, zwiſchen den ſ. g. induſtriellen und den natürlichen Früchten kein Unterſchied zu machen. Die inneren und äußeren Gründe, welche zu dieſer Ueberzeugung führen, ſind vielfach von Anderen, zuletzt und mit großer Gründlichkeit von Backe[1]) zuſammengeſtellt worden. Auch das unterliegt keinem Zweifel, daß jenes Eigenthum an den Früchten vorerſt noch ein blos interimiſtiſches, d. h. ein ſolches iſt, welches ſchon wegen des Grundes ſeiner Erwerbung, unter gewiſſen eintretenden Umſtänden, für den Erwerber wieder verloren gehen kann[2]). Dagegen ſind zwei Punkte dabei mir nicht ſo klar erſchienen, daß ſie nicht noch eine beſondere Erörterung verdienten. Um ſo mehr, weil dieſelben nicht blos tiefer in das Leben ſelbſt eingreifen und alſo practiſche Bedeutung haben, ſon-

---

[1]) c. l.

[2]) Es verdient gleich hier bemerkt zu werden und hängt wohl mit dieſem Interimiſtiſchen ſeines Eigenthumes zuſammen, daß die Römer, obgleich ſie von dem b. f. possessor ſagen: *fructus suos facit — fructus ejus fiunt — fructus ad eum pertinent* u. ſ. w. doch die Ausdrücke: *fructus adquirit, dominus fructuum fit* faſt abſichtlich vermeiden. Das tritt um ſo auffallender hervor, da, zum Theil in denſelben Stellen, wo nebeneinander der Fruchterwerb des b. f. possessor und des Uſufructuarius erwähnt wird, von dem Letzteren unbedenklich geſagt wird, daß er *dominus* fructuum werde. §. 36 u. 37. J. II, 1. rer. div. Nur da, wo der b. f. possessor etwas in der Weiſe aus der fremden Sache und durch ſie erwirbt, daß er es ſofort definitiv zum Theile ſeines Vermögens macht, nur da wird der Ausdruck: *dominium adquirere* gebraucht. So namentlich bei dem Erwerbe ex operis servi alieni, der allerdings, wie ſich weiter unten zeigen wird, gleich vom Anfang an ein definitiver iſt. Vergl. c. 1. C. III, 32. R. V. fr. 40. D. XLI, 1. adq. rer. dom. und viele andere Stellen.

dern auch sonst für die richtige wissenschaftliche Auffassung des ganzen Rechtsverhältnisses aus der b. f. possessio höchst wichtig sind.

I.

Von der Usucapion der b. f. gezogenen Früchte.

§. 2.

Es fragt sich nämlich vorerst, auf welche Weise und durch welche Ereignisse jenes, vorläufig blos interimistische Eigenthum in ein unwiderrufliches, definitives verwandelt werden kann.

Es herrschen darüber sehr verschiedene Ansichten. Nach der einen kann der b. f. possessor nicht blos durch die inzwischen eingetretene Consumtion, sondern auch durch die inzwischen vollendete Usucapion der Früchte gegen alle späteren Ansprüche des Eigenthümers der Hauptsache auf Restitution der Früchte gesichert werden. Nach der anderen Ansicht soll nur die Consumtion jene Wirkung haben, während eine Usucapion der Früchte von Seiten des b. f. possessor als juristisch unmöglich erscheint.

Hier soll nun der Beweis versucht werden, daß die erstere Ansicht die allein richtige sei.

Prüfen wir nun die Gründe der Gegner [1]), wodurch sie bewogen worden, die Usucapion der Früchte zu verwerfen, so lassen sich dieselben auf folgende zurückführen. Nur werden sie nicht immer sämmtlich combinirt, sondern oft nur einer, oder der andere allein hervorgehoben. Es soll erstens in unseren Rechtsquellen selbst keine Spur von einer solchen Usucapion der Früchte vorkommen. Es soll ferner derselben, und zwar in doppelter Beziehung, eine juristische Unmöglichkeit entgegen-

---

[1]) Unter den Neueren hebe ich hervor Bachr c. l. Zimmern im Rhein. Museum. III. S. 351. f. Fritz Erläuter. zu Wening. II. S. 301. f. v. Vangerow Leitfad. für Pand. I. §. 226. Anm. 2. Göschen Vorles. üb. d. gem. Civ. Recht II. §. 282. S. 183.

stehen, indem theils überhaupt die Usucapion der eigenen Sache etwas sich selbst Widersprechendes enthalte, theils Sachverjährung niemals einen Befreiungsgrund von obligatorischen Verbindlichkeiten abgeben könne.

§. 3.

Wir fangen, wie billig, mit der Prüfung des ersten Grundes an. Denn, wenn sich ergiebt, daß wirklich unsere Rechtsquellen nicht blos Ein Mal, sondern wiederholt die Usucapion der Früchte von Seite des b. f. possessor erwähnen und anerkennen, so fällt damit auch schon von selbst der Einwand einer juristischen Unmöglichkeit hinweg. Wir sind dann vielmehr genöthigt, dasjenige Princip aufzusuchen, wodurch eine solche Usucapion, trotz ihrer scheinbaren Abnormität, mit den übrigen Grundsätzen des Civilrechtes in Einklang gebracht wird. Beide Aufgaben lassen sich nun aber, wie es scheint, befriedigend lösen.

Es liegt in der That etwas sehr Wahres in der Bemerkung der Gegner, daß, wenn in unseren Rechtsquellen von der Usucapion der Accessionen einer fremden Sache die Rede ist, weit seltener die Beispiele von den Früchten entlehnt werden, als von dem partus ancillae. Auch hängt das wirklich mit dem Umstande zusammen, daß der b. f. possessor an dem partus ancillae weniger Recht erwirbt, als an den Früchten. Denn sein Verhältniß zu dem ersteren stellt sich als eine bloße, einfache b. f. possessio heraus, und von einem *suum facere partum* ist dabei immer erst nach dessen Ersitzung und durch dieselbe die Rede.

Der Grund jener Erscheinung, daß weniger häufig die Usucapion der Früchte erwähnt wird, liegt also sehr natürlich darin, weil in den meisten Fällen die inzwischen eingetretene Consumtion der Früchte den Erfolg einer Usucapion für den b. f. possessor der Hauptsache ganz überflüssig, ja geradezu unmöglich macht. Daraus folgt aber noch keineswegs, daß sich das immer so verhält, indem ja sehr wohl die Früchte,

besonders die Früchte gewisser Art, von dem b. f. possessor der Hauptsache länger, als die Usucapionszeit dauert, aufgehoben werden können, z. B. die Jungen der Thiere, die Wolle von Schaafen, ja sogar Feldfrüchte gewisser Gattung. Wie wichtig das besonders da erscheint, wo die Hauptsache selbst der Usucapion entzogen ist, wird sich weiter unten zeigen.

Gehen wir nun zu den Quellen des römischen Rechtes selbst über [1]), so stoßen wir vor allem auf eine sehr entscheidende Stelle von Paulus.

Paulus in libro LIV. ad Edict. [2]).

»Fructus et partus ancillarum et foetus pecorum, si defuncti non fuerunt, usucapi possunt.«

Es werden hier die fructus, in Rücksicht der Möglichkeit ihrer Usucapion, ganz dem partus ancillae gleichgestellt. Prüfen wir aber genauer, von welchem Falle der Usucapion hier die Rede ist, so gibt uns darüber eine andere Stelle desselben Paulus in demselben Werke vollkommen genügenden Aufschluß.

Paulus in libro LIV. ad Edict. [3]).

»Est species possessionis, quae vocatur pro suo. — Similiter fructus rei emtae, aut donatae, *aut quae in hereditate inventa est.*«

Es ist also die Rede von dem Falle, wo jemand als Erbe fremder Sachen (quae defuncti non fuerunt), welche er in der Erbschaft vorgefunden hat, bona fide besitzt und entweder selbst Früchte davon gezogen, oder dergleichen, welche schon von dem Erblasser gezogen worden sind, in Besitz genommen hat. Diese usucapirt der Erbe *pro suo*. Daß der Erblasser, wenn er selbst die Früchte gezogen hat, in bona fide gewesen sein muß und

---

[1]) Eine kurze Critik und Interpretation dieser Stellen habe ich schon in einem Programme, was ich als Procanzler zu der Doctordissertation von Aem. v. Thermann geschrieben, versucht. Lips. 1843.

[2]) fr. 4. §. 5. D. XLI, 3. usurp.

[3]) fr. 2. f. D. XLI, 10. pro suo.

also fructus suos machen konnte, springt in die Augen. Denn war er in mala fide, so kann schon deßhalb der Erbe gar nicht usucapiren. Die zuerst abgedruckte Stelle von Paulus ist um so schlagender, weil man aus dem ganzen Zusammenhange derselben sieht, daß nicht etwa blos aus Versehen der Fall einer Usucapion der Früchte, neben der des partus ancillae, erwähnt worden ist. Denn es wird dort so recht ex professo von den einzelnen Voraussetzungen einer jeden Usucapion gehandelt, indem es im Anfange des Fragmentes heißt:

»Sequitur de usucapione dicere. Et hoc ordine eundum est, ut videamus: quis potest usucapere, et quas res et quanto tempore?«

Gerade bei der Frage, welche Sachen usucapirt werden können, kommt Paulus auf die Früchte einer b. f. besessenen Sache. Diejenigen nun, welche die Usucapion solcher Früchte für juristisch unmöglich erklären, schlagen verschiedene Wege ein, um jene beiden Stellen von Paulus mit ihrer Theorie in Einklang zu bringen. Dahin gehören schon die Glossatoren[1]), welche sich durch die Unterscheidung zwischen s. g. fructus industriales und fructus naturales zu helfen suchen. Sie gehen nemlich davon aus, daß der b. f. possessor nur die Industrialfrüchte sofort zum Eigenthum erwerbe, nicht aber auch die Naturalfrüchte. An letzteren erwerbe er lediglich eine b. f. possessio und sie seien dann auch allein gemeint, wo eine Usucapion der Früchte im römischen Rechte vorkomme. Allein abgesehen davon, daß diese Unterscheidung nicht ein Mal auf die bisher angeführten und noch zu erwähnenden anderen Stellen der Pandekten paßt, findet wohl jene ganze Unterscheidung mit der darauf gebauten Theorie der Glosse heut zu Tage keinen Anklang mehr. Denn obgleich noch zuletzt Unterholzner[2])

---

[1]) Zu fr. 4. §. 5. u. 19. D. XLI, 3. usurp. und zu fr. 2. fin. D. XLI, 10. pro suo.

[2]) im Arch. f. civ. P. VIII. S. 311. f.

den Versuch gemacht hat, auf eine ähnliche Weise die mancherlei Schwierigkeiten und scheinbaren Widersprüche in den Quellen zu beseitigen, so haben sich doch fast alle unsere Juristen entschieden dagegen erklärt, namentlich diejenigen, welche hier als unsere Gegner erscheinen. Daher wird es überflüssig sein, sich in eine weitläufige Widerlegung einzulassen.

Einen andern Weg schlagen diejenigen ein, welche den von der Usucapion der Früchte handelnden Stellen eine rein historische Bedeutung unterlegen. Danach war der Fruchterwerb des b. f. possessor von jeher nur eine *naturalis* adquisitio, welche nur natürliches, s. g. bonitarisches Eigenthum gewährte und noch der hinzutretenden Usucapion bedurfte, um jenes bonitarische Eigenthum in quiritarisches zu verwandeln. Allein dieser Erklärung stehen entscheidende Gründe entgegen. Denn erstens ist es durch nichts bewiesen, sondern sogar sehr unwahrscheinlich, daß das Eigenthum des b. f. possessor an den separirten Früchten blos ein bonitarisches gewesen, indem der Ausdruck *naturali ratione* in den Institutionen[1]), auf welchen man dieses gebaut hat, einen ganz andern Sinn hat. Ferner ist es rein unerklärlich, wie die Verfasser der Pandekten, bei der Excerpirung so vieler Stellen, namentlich solcher, wo so recht geflissentlich die Usucapionslehre abgehandelt wird, den längst aufgehobenen Unterschied zwischen bonitarischem und quiritarischem Eigenthum vor Augen gehabt haben sollen. Sie durften diese Stellen entweder gar nicht in die Sammlung aufnehmen, oder mußten sie wenigstens so interpoliren, daß sie zu dem justinianeischen Recht paßten. Denn sonst hätten sie gar keinen Sinn. Dazu kommt, daß die ganze Art, wie theils die schon erwähnten, theils die noch zu prüfenden andern Stellen von einer Usucapion der Früchte reden, zu einer solchen historischen Erklärung nicht paßt. Endlich geben auch gerade diejenigen, welche in der neueren Zeit die Möglichkeit einer

[1]) §. 3. J. II, 1. rer. div.

alſo fructus suos machen konnte, ſpringt in die Augen. Denn war er in mala fide, ſo kann ſchon deßhalb der Erbe gar nicht uſucapiren. Die zuerſt abgedruckte Stelle von Paulus iſt um ſo ſchlagender, weil man aus dem ganzen Zuſammenhange derſelben ſieht, daß nicht etwa blos aus Verſehen der Fall einer Uſucapion der Früchte, neben der des partus ancillae, erwähnt worden iſt. Denn es wird dort ſo recht ex professo von den einzelnen Vorausſetzungen einer jeden Uſucapion gehandelt, indem es im Anfange des Fragmentes heißt:

»Sequitur de usucapione dicere. Et hoc ordine eundum est, ut videamus: quis potest usucapere, et quas res et quanto tempore?«

Gerade bei der Frage, welche Sachen uſucapirt werden können, kommt Paulus auf die Früchte einer b. f. beſeſſenen Sache. Diejenigen nun, welche die Uſucapion ſolcher Früchte für juriſtiſch unmöglich erklären, ſchlagen verſchiedene Wege ein, um jene beiden Stellen von Paulus mit ihrer Theorie in Einklang zu bringen. Dahin gehören ſchon die Gloſſatoren[1]), welche ſich durch die Unterſcheidung zwiſchen ſ. g. fructus industriales und fructus naturales zu helfen ſuchen. Sie gehen nemlich davon aus, daß der b. f. possessor nur die Induſtrialfrüchte ſofort zum Eigenthum erwerbe, nicht aber auch die Naturalfrüchte. An letzteren erwerbe er lediglich eine b. f. possessio und ſie ſeien dann auch allein gemeint, wo eine Uſucapion der Früchte im römiſchen Rechte vorkomme. Allein abgeſehen davon, daß dieſe Unterſcheidung nicht ein Mal auf die bisher angeführten und noch zu erwähnenden anderen Stellen der Pandekten paßt, findet wohl jene ganze Unterſcheidung mit der darauf gebauten Theorie der Gloſſe heut zu Tage keinen Anklang mehr. Denn obgleich noch zuletzt Unterholzner[2])

---

[1]) Zu fr. 4. §. 5. u. 19. D. XLI, 3. usurp. und zu fr. 2. fin. D. XLI, 10. pro suo.

[2]) im Arch. f. civ. P. VIII. S. 311. f.

den Versuch gemacht hat, auf eine ähnliche Weise die mancherlei Schwierigkeiten und scheinbaren Widersprüche in den Quellen zu beseitigen, so haben sich doch fast alle unsere Juristen entschieden dagegen erklärt, namentlich diejenigen, welche hier als unsere Gegner erscheinen. Daher wird es überflüssig sein, sich in eine weitläufige Widerlegung einzulassen.

Einen andern Weg schlagen diejenigen ein, welche den von der Usucapion der Früchte handelnden Stellen eine rein historische Bedeutung unterlegen. Danach war der Fruchterwerb des b. f. possessor von jeher nur eine *naturalis* adquisitio, welche nur natürliches, s. g. bonitarisches Eigenthum gewährte und noch der hinzutretenden Usucapion bedurfte, um jenes bonitarische Eigenthum in quiritarisches zu verwandeln. Allein dieser Erklärung stehen entscheidende Gründe entgegen. Denn erstens ist es durch nichts bewiesen, sondern sogar sehr unwahrscheinlich, daß das Eigenthum des b. f. possessor an den separirten Früchten blos ein bonitarisches gewesen, indem der Ausdruck *naturali ratione* in den Institutionen[1]), auf welchen man dieses gebaut hat, einen ganz andern Sinn hat. Ferner ist es rein unerklärlich, wie die Verfasser der Pandekten, bei der Excerpirung so vieler Stellen, namentlich solcher, wo so recht geflissentlich die Usucapionslehre abgehandelt wird, den längst aufgehobenen Unterschied zwischen bonitarischem und quiritarischem Eigenthum vor Augen gehabt haben sollen. Sie durften diese Stellen entweder gar nicht in die Sammlung aufnehmen, oder mußten sie wenigstens so interpoliren, daß sie zu dem justinianeischen Recht paßten. Denn sonst hätten sie gar keinen Sinn. Dazu kommt, daß die ganze Art, wie theils die schon erwähnten, theils die noch zu prüfenden andern Stellen von einer Usucapion der Früchte reden, zu einer solchen historischen Erklärung nicht paßt. Endlich geben auch gerade diejenigen, welche in der neueren Zeit die Möglichkeit einer

[1]) §. 3. J. II, 1. rer. div.

Usucapion der Früchte von Seiten des gutgläubigen Besitzers am entschiedensten geläugnet haben, selber zu, daß schon vor der Verschmelzung des bonitarischen und quiritarischen Eigenthums derjenige, qui fructus suos fecit, quiritarisches Eigenthum daran erworben habe.

An die bisher erörtete Stelle von Paulus schließt sich eine andere desselben Juristen in einem späteren Paragraphen desselben Fragmentes an. Sie ist besonders darum sehr wichtig, weil sie zur richtigen Erklärung jenes früheren Ausspruches dient. Sie lautet so [1]):

»Lana ovium furtivarum, si quidem apud furem detensa est, usucapi non potest; si vero apud bonae fidei emtorem, contra, quoniam in fructu est; nec usucapi debet, sed statim emtoris fit. Idem in agnis dicendum, si consumti sunt. Quod verum est.«

Gehen wir nun unbefangen, d. h. ohne die entschieden vorgefaßte Meinung, daß eine Usucapion der Früchte unmöglich sei, an eine Interpretation dieser Stelle, so enthält sie, nach einer ungezwungenen Umschreibung, folgenden Sinn. Die Wolle von gestohlenen Schaafen, wenn die Schur schon bei dem Diebe selbst Statt gefunden, hat, gerade so, wie die gestohlenen Schaafe selbst, die Natur einer res furtiva. Darum ist eine Usucapion derselben schon aus diesem objectiven Grunde unmöglich. Sind dagegen die Schaafe erst dann geschoren worden, nachdem sie an einen b. f. emtor gekommen, so verhält es sich anders. Diese Wolle kann allerdings usucapirt werden, weil sie, als Frucht, die bei dem b. f. possessor ihre selbstständige Existenz erlangt hat, nicht die Eigenschaft einer res furtiva mit den Schaafen selbst theilt. Uebrigens bedarf es hier meistens gar keiner Usucapion, weil ja die Frucht schon durch Separation in das interimistische Eigenthum des Besitzers übergeht. Wenigstens bedarf derselbe dann gar keiner Usucapion, wenn er die Wolle bona fide consu-

[1]) fr. 4. §. 19. D. XLI, 3. usurp.

mirt hat, indem jetzt, dem Erfolge nach, dieselbe bleibend und irrevocabel in sein Vermögen übergegangen ist. Eben so verhält es sich mit den Lämmern von jenen Schaafen, wenn sie der b. f. possessor bereits consumirt hat.

Für die Richtigkeit dieser Umschreibung spricht theils der gebrauchte Ausdruck: *nec usucapi debet*, theils der ganze innere Zusammenhang der Stelle. Denn, wenn die entgegengesetzte Theorie die richtige wäre, so müßte es ja heißen: *nec usucapi potest*. Es würde dann ferner der Zusatz bei den Lämmern: *si consumti sunt*, gar keinen, nur irgend befriedigenden Sinn geben, während sie, nach unserer Theorie, nicht blos einen Sinn haben, sondern auch sogar den vollkommen passenden Schlußstein der ganzen Deduction von Paulus bilden. Nur müssen wir sie nicht blos auf die *agni* beschränken, sondern auch auf die *lana* erstrecken, so daß sie so zu übersetzen: in beiden Fällen, sowohl bei der Wolle, als bei den Lämmern, bedarf es der Usucapion nicht, wenn die Consumtion hinzutritt.

Es liegt darin in der That auch nichts Gewaltsames, sobald man nur den Zusammenhang des Ganzen im Auge behält. Ja man wird sogar umgekehrt dazu fast genöthigt, indem sonst von Paulus ein Unterschied zwischen den Lämmern und der Wolle gemacht wird, der gar nicht existirt. Man hat sich mit der Bemerkung helfen wollen, daß die Wolle gewöhnlich und in der Regel nicht aufgehoben werde, sondern gleich consumirt zu werden pflege, während das mit den Lämmern sich anders verhalte [1]). Allein es ist nicht abzusehen, warum die Römer die Schaafwolle immer gleich unmittelbar nach der Schur consumirt, d. h. verkauft oder verarbeitet haben sollen. Man hat ferner die Erwähnung der Consumtion blos bei den Lämmern dadurch zu erklären versucht, daß die Lämmer einer Heerde Früchte dieser letzteren sind, also als separirt erst bei der Ausscheidung aus der Heerde betrachtet werden können. Diese Aus-

[1]) Backe c. l. pag. 208.

matiſch und logiſch um ſo weniger rechtfertigen, weil ja gerade zunächſt und unmittelbar an den von der Möglichkeit der Uſucapion redenden Satz diejenigen Worte geknüpft werden, welche den foetus pecudum dem partus ancillae gleichſtellen.

§. 4.

Iſt es nun, nach der bisherigen Ausführung, nicht zu bezweifeln, daß die Römer ſelbſt eine Uſucapion der Früchte von Seiten des b. f. possessor anerkennen, ſo kann auch unmöglich in derſelben etwas juriſtiſch Unmögliches, oder Uncivili-ſtiſches liegen, wie man wohl behauptet hat. Es kommt daher nur darauf an, denjenigen Geſichtspunkt aufzufinden, von dem die Römer dabei ausgegangen ſein mögen.

Die Gegner berufen ſich darauf, daß man eine Sache, die man bereits aus andern Gründen im Eigenthume habe, nicht noch ein Mal durch Uſucapion erwerben könne. Das iſt auch an ſich ein ganz wahrer Satz, der aber hier das nicht beweiſt, was er beweiſen ſoll.

Die Uſucapion iſt nämlich zwar eine adquisitio dominii, aber eine ſolche, welche ſich durch zwei Eigenthümlichkeiten auszeichnet. Ein Mal durch ihren Zweck, indem durch ſie die Mängel und Unvollſtändigkeiten anderer Erwerbsarten ergänzt, mancherlei Ungewißheiten gehoben, oder noch ſchwankende Verhältniſſe für die Zukunft definitiv ſicher geſtellt werden können und ſollen [1]). Sodann beruht ſie, ihrem Weſen nach, nicht, wie die allermeiſten Erwerbungsarten, auf einem auf Eigenthümserwerbung gerichteten Willensacte, indem dieſer nur eine Vorausſetzung des justus titulus bildet, ſondern vielmehr auf dem Ablaufe einer beſtimmten Zeit. Daher uſucapirt man nicht, wenigſtens bei dem Anfange der Uſucapion nicht, mit dem Bewußtſein und dem Willen, um dadurch Eigenthümer zu werden, ſondern es iſt die Uſucapion eine natürliche, von ſelbſt eintretende, ja nothwendige Folge der beſonderen Art,

[1]) fr. 1. D. XLI, 3. usurp.

wie wir in den Besitz der Sache gekommen sind, so lange derselbe fortbesteht. Sie tritt im Grunde überall ein, wo eine civilis possessio sich vorfindet und bleibt nur zufälligerweise da ohne weitere Folgen und unberücksichtigt, wo gar keine Veranlassung da ist, sich hinterdrein darauf zu berufen. Allein erst diese beiden Eigenthümlichkeiten machen es möglich, daß die Usucapion zu einer schon vorhandenen andern Eigenthumserwerbung hinzutreten kann. Das hat dann freilich nicht den Sinn, daß derjenige, welchem der Ablauf der Usucapionszeit zur Seite steht, das Eigenthum, was er schon bisher in jeder Beziehung fest und sicher gehabt hat, noch ein Mal erwirbt. Denn das ist in der That unmöglich. Wohl aber kann durch die Usucapion ein, in irgend einer Beziehung noch für die Zukunft unsicheres, interimistisches Eigenthum in ein definitives und mehr gesichertes verwandelt werden. Vorausgesetzt nur, daß nicht etwa gerade in demjenigen Umstande, welcher dem bisherigen Eigenthume den Charakter eines blos Interimistischen gibt, ein Hinderniß der Usucapion liegt, indem er entweder den Begriff des justus titulus zerstört, oder die zur Ersitzung nöthige bona fides aufhebt. Es kann ferner die vollendete Usucapion dem Besitzer den bedeutenden Vortheil gewähren, daß er durch sie von der Verbindlichkeit befreit wird, Dritten gegenüber, eine andere Erwerbungsart des Eigenthums nachzuweisen, selbst wenn ihm eine solche zur Seite stehen sollte. Denn der Dritte muß sich mit dem ihm gelieferten Beweis der Usucapion vollständig begnügen. Der Umstand, daß der Besitzer schon bevor er die Usucapion anfing, oder vollendete, aus andern Gründen Eigenthümer der Sache war, kann also das Berufen auf die Wirkungen der Usucapion nicht wirkungslos machen. Sonst müßte ja zu dem Beweise des zur Usucapion erforderlichen justus titulus auch wesentlich der Beweis gehören, daß in diesem Titulus, oder in einem früheren, dem Besitzer günstigen Ereignisse, auf keinen Fall eine schon genügende Erwerbungsart des Eigenthumes liege. Allerdings

ist ein Vertrag über unsere eigene Sache, wodurch uns das Eigenthum daran übertragen werden soll, ungültig [1]). Aber dieses beweist nicht gegen die Möglichkeit einer Usucapion von Sachen, wie sie hier in Frage steht. Denn einem Vertrage dieser Art steht der Umstand entgegen, daß der Wille der Contrahenten nicht auf einen Zweck gerichtet werden kann, der schon erreicht, also auf dem Wege des Vertrages nicht mehr erreichbar ist. Allein die Usucapion ist ein in der Zeit liegendes Ereigniß, was nicht von Seiten des Usucapirenden den Zweck der Eigenthumserwerbung voraussetzt, sondern von selbst beginnt, fortschreitet und zu Ende geht. Dazu kommt, daß selbst ein Vertrag der erwähnten Art über unsere eigene Sache möglich ist, für den Fall, daß sie späterhin aufhören sollte, unsere eigene zu sein [2]). Um so mehr ist eine Usucapion unserer bereits eigenen Sache eventuell möglich, für den Fall, daß unser bisheriges Eigenthum, was vorerst nur ein interimistisches war, aus Gründen, welche schon in der früheren Erwerbung selbst und in ihrer Art lagen, wieder aufhören sollte. In dieser Weise, also nur interimistisch, erwirbt nun aber der b. f. possessor die Früchte, indem er sich, unter gewissen eintretenden Verhältnissen, auf sein Eigenthum, so weit es auf die b. f. geschehene Separation gebaut ist, nicht mehr mit Wirksamkeit berufen kann. Gerade dann, wenn diese Verhältnisse eintreten, ist es für ihn von der größten Wichtigkeit, daß er sein Eigenthumsrecht auf eine ganz andere, selbstständige, von jenen neueren Ereignissen unabhängige Erwerbungsart stützen kann. Alles dieses tritt um so entschiedener und bestimmter hervor, wenn diejenige Theorie von der blos temporären Dauer des vom b. f. possessor durch Separationen an den Früchten er-

[1]) fr. 16. pr. 8. XVIII, 1. contr. emt. fr. 45. pr. D. L, 17. R. J. §. 2. J. III, 19. (20.) inut. stip. fr. 82. pr. D. XLIV, 7. O. et A.

[2]) fr. 34. §. 4. D. XVIII, 1. contr. emt. fr. 28. D. XLI, 2. adq. v. am. poss.

worbenen Eigenthumes, wie sie weiter unten entwickelt werden soll, sich als die richtige bewährt. Allein, selbst wenn wir die Richtigkeit derselben nicht voraussetzen, selbst dann behält das Gesagte seine Kraft und Bedeutung.

Die Gegner stützen sich nun aber auch noch darauf, daß Sachverjährung niemals einen Befreiungsgrund von obligatorischen Verbindlichkeiten abgeben könne. Es hängt dieser Einwand gegen die Möglichkeit einer Usucapion der Früchte genau zusammen mit der Ansicht, daß die Verbindlichkeit des b. f. possessor, zugleich mit der ihm abvindicirten Hauptsache auch die noch bei ihm vorhandenen Früchte zu restituiren, nicht auf einem dem Kläger an den Früchten zustehenden Eigenthum beruhe, sondern vielmehr auf einem besonderen obligatorischen Verhältnisse, welches durch die Vindication der Hauptsache begründet werde. Nun wird aber weiter unten der Beweis versucht werden, daß der Eigenthümer der Hauptsache wirklich auch die Früchte als Eigenthümer vindicirt, daß eine solche besondere Obligatio auf Rückübertragung der Früchte im römischen Rechte gar nicht existirt, es ihrer auch gar nicht bedarf, um das Recht des Klägers auf die Früchte zu erklären. Dadurch würde nun schon an sich jener ganze, auf die angebliche, besondere Restitutionsobligatio gebaute Einwand von selbst hinwegfallen. Allein, auch ganz hiervon abgesehen, würde jenes Obligationsverhältniß nicht im Stande sein, die Usucapion jener Früchte zu hindern. Das wahre Element in dem Grundsatze, daß die Usucapion keinen Befreiungsgrund von obligatorischen Verbindlichkeiten abgibt, besteht nämlich nur darin. Wer gegen uns eine Forderung hat, welche auf ein bestimmte Sache gerichtet ist, ohne Rücksicht darauf, ob diese Sache uns eigenthümlich gehört, oder nicht, der verliert dadurch natürlich seine Forderung nicht, daß wir inzwischen das Eigenthum an jener Sache durch Usucapion erwerben. Wer aber gerade darum, weil wir noch kein Eigenthum, oder doch wenigstens noch kein definitives Eigenthum an der Sache haben, in Folge

früheren Eigenthums obligatorische Ansprüche auf die Sache hat, der verliert sicher diese Ansprüche, sobald wir durch Usucapion unser bisheriges, blos interimistisches Eigenthum in definitives verwandelt haben. Denn dadurch erlöscht eben der ganze Grund seiner bisherigen Obligatio. So würde sich denn auch hier das Verhältniß gestalten, wenn wirklich die Voraussetzungen der Gegner die richtigen wären. Der b. f. possessor soll zu der Zurückübertragung der noch vorhandenen Früchte deßhalb obligirt sein, weil er sie zwar durch Separation erworben, aber nur zum interimistischen Eigenthum erworben hat, quia *separatione* fructus suos fecit. Dieser Erwerb, worauf er allein sein Eigenthum zu stützen vermag, unterwirft ihn der Restitutionsforderung. Allein sobald er durch Usucapion das definitive Eigenthum an der Sache erworben hat, so stützt er ja, dem Eigenthümer der Hauptsache gegenüber, sein Recht an den Früchten nicht mehr auf die fructuum separatio oder perceptio, sondern auf die Usucapion, als eine andere, selbstständige, neue Erwerbungsart, wodurch jener frühere interimistische Fruchterwerb ganz absorbirt wird. Das alles ist auch um so natürlicher, weil nach der eigenen Ansicht der Gegner, die von ihnen behauptete Obligatio auf Rückübertragung der Früchte erst durch die angestellte Rei Vindicatio der Hauptsache begründet werden soll, also zu derjenigen Zeit, wo die Usucapion vollendet wird, noch gar nicht existirt.

II.

Von der Restitution der b. f. gezogenen Früchte.

§. 5.

Eine fernere, practisch höchst wichtige Frage ist die, wie und durch welche Ereignisse, zu Gunsten des Eigenthümers der Hauptsache, dem interimistischen Eigenthume, was der b. f. possessor durch Separation an den Früchten der Sache erworben hat, ein Ende gemacht werde. Daran knüpft sich eine andere, genau damit zusammenhängende Frage; nämlich die, mit wel-

cher Klage der Eigenthümer der Hauptsache die Restitution der noch nicht consumirten, oder usucapirten Früchte von demjenigen Besitzer, welcher sie durch Separation interimistisch erworben, verlangen könne.

Auch hierüber herrschen sehr verschiedene Ansichten. Denn, nach einer Theorie, verliert derjenige, welcher ein Mal durch Separation als b. f. possessor das Eigenthum an den Früchten erworben hat, dieses Eigenthum durch kein hinterdrein nachfolgendes Ereigniß wieder von selbst an den Eigenthümer der Hauptsache; namentlich weder durch die nachfolgende mala fides, noch durch die von dem Eigenthümer der Hauptsache angestellte rei vindicatio. Er verbleibt vielmehr, trotz aller jener Ereignisse, fortdauernd Eigenthümer der Früchte; ist aber, in Gefolge einer besonderen Obligatio, unter gewissen Verhältnissen verpflichtet, das Eigenthum dieser Früchte auf den Eigenthümer der Hauptsache zu übertragen. Diese Obligatio wird begründet durch den Umstand, daß der Eigenthümer der Hauptsache deren Restitution mit der Rei Vindicatio von dem zeitherigen b. f. possessor verlangt. Denn zu der *omnis causa*, auf welche *officio judicis*, bei dem Erkenntnisse über die vindicirte Hauptsache, Rücksicht genommen werden muß, gehört auch die Verurtheilung des Beklagten, jene Früchte mit herauszugeben. Allein eben darum kann, nach dieser Theorie, ein Anspruch auf die Früchte nicht mit einer selbstständigen Klage, namentlich nicht mit einer Vindication der Früchte, sondern nur beiläufig bei der Vindication der Hauptsache geltend gemacht werden. Es erlöscht also der ganze Anspruch auf die Früchte für den Eigenthümer der Hauptsache, durch ein jedes Ereigniß, wodurch es ihm unmöglich wird, die Hauptsache von dem bisherigen b. f. possessor zu vindiciren.

Nach einer anderen Theorie soll der Eigenthümer der Hauptsache die Restitution der noch unersessen vorhandenen Früchte nicht blos bei Gelegenheit der vindicirten Hauptsache, als zur omnis causa gehörig, sondern auch mit einer selbstständ-

digen Rei Vindicatio in Anspruch nehmen können. Aber über den Grund, warum sich das Verhältniß so gestalten soll, und namentlich wodurch das Eigenthum der Früchte von dem bisherigen b. f. possessor, der sie doch durch Separation schon ein Mal erworben hatte, auf den Eigenthümer der Hauptsache zurückgefallen, darüber spricht man sich entweder gar nicht, oder nur höchst unbefriedigend und unbestimmt aus.

In der neueren Zeit hat nun die erstere Ansicht, von welcher sich auch schon deutliche Spuren in der Glosse finden, bei weitem die meisten Anhänger gefunden. Auch ist das in so fern gar nicht zu verwundern, als sie unverkennbar von einem festen Grundprinzip ausgeht und dieses mit einer gewissen Consequenz durchführt, während die andere Theorie, in derjenigen Gestalt, in welcher sie gewöhnlich aufgestellt wird, in der That einer festeren, consequenteren Begründung entbehrt.

Diejenigen nämlich, welche sich darüber spezieller aussprechen, schreiben dem b. f. possessor an den Früchten nur ein s. g. revocabeles Eigenthum in der Art zu, daß dem Eigenthümer der Hauptsache daneben an jenen Früchten ein stärkeres Eigenthumsrecht verbleibe, in Gefolge dessen Letzterer als Vindicant gegen den b. f. possessor auftreten und dessen schwächeres Eigenthumsrecht vernichten könne. Das Unhaltbare dieser Argumentation nachzuweisen, ist freilich nicht schwer. Denn, schreibt man dem b. f. possessor an den separirten Früchten ein wahres dominium zu, so kann unmöglich der Eigenthümer der Hauptsache zu derselben Zeit das dominium an diesen Früchten haben. Ein solches, zwischen zwei Personen getheiltes Eigenthumsverhältniß an derselben Sache, in der Art, daß die eine dieser Personen ein stärkeres, die andere ein schwächeres Eigenthum hat, konnte zwar im vorjustinianeischen Rechte vorkommen, wenn eine Sache dem Einen ex jure Quiritium gehörte, während der Andere sie nur ex jure gentium im s. g. bonitarischen Eigenthume hatte. Allein dann konnte der Erstere sein Recht nicht mit der Rei Vindicatio gegen den Letz-

teren wirksam geltend machen, indem jedenfalls die exceptio rei venditae et traditae ihm entgegenstand. Es ist ferner schon oben bemerkt worden, daß, nach der gewiß richtigen Ansicht, schon vor der Verschmelzung des quiritarischen und bonitarischen Eigenthums, der b. f. possessor durch die Separation nicht blos bonitarisches, sondern quiritarisches Eigenthum an der Früchten erwarb. Vollends kann im Justinianeischen Rechte von einem solchen getheilten Eigenthume nicht mehr die Rede sein. Soll also der Eigenthümer der Hauptsache berechtigt sein, die Früchte selbstständig von dem b. f. possessor zu vindiciren, so muß erst nachgewiesen werden, daß und wodurch der Besitzer, als der bisherige Eigenthümer, sein Recht an den jetzigen Vindicanten verloren hat.

Nichts destoweniger scheint die Ansicht derjenigen, welche dem Eigenthümer der Hauptsache ein selbstständiges Vindicationsrecht der Früchte, dem b. f. possessor gegenüber, zusprechen, den Vorzug zu verdienen. Es kommt nur darauf an, dasjenige Grundprinzip aufzufinden, von welchem dabei ausgegangen werden muß. Es muß nämlich dadurch nachgewiesen werden, daß, durch ein in der Mitte liegendes Ereigniß, das bisherige Eigenthum des b. f. possessor an den Früchten von selbst aufhöre und an den Eigenthümer der Hauptsache ipso jure zurückfalle.

§. 6.

Um einen sicheren, festen Standpunkt für die ganze nachfolgende Untersuchung zu gewinnen, müssen wir als Haupt- und Vorfrage die betrachten, worauf denn eigentlich, seiner wahren Grundlage nach, der Fruchterwerb des b. f. possessor beruhe. Denn nur daraus kann und wird sich ergeben, von welcher Art und Dauer sein erworbenes Eigenthum ist.

Es kann nun wohl kaum bezweifelt werden, daß es zunächst die *bona fides* des Besitzers ist, worauf das römische Recht jenen Fruchterwerb gründet. Diese bona fides ist die auf den justus titulus gestützte, redliche Ueberzeugung des Besitzers, daß niemand

ein beſſeres und ſtärkeres Recht an der Sache habe, als er, daß er alſo auch befugt ſei, die Sache *suo nomine* in jeder Weiſe wie ein Eigenthümer zu benutzen, insbeſondere auch die von der Sache gezogenen Früchte als suo nomine d. h. als von ſeiner eigenen Sache gezogene zu behandeln, und namentlich zu conſumiren. Mit dem Begriffe des Uſucapionsbeſitzes fällt dieſe b. f. possessio zwar oft zuſammen, aber keineswegs unbedingt und immer. Denn es iſt für das Recht des Fruchterwerbes ganz gleichgültig, ob die fruchttragende Sache ſelbſt, als ſ. g. res habilis, zur Uſucapion geeignet, oder ihr aus beſonderen Gründen entzogen iſt. Daher wird uns ausdrücklich geſagt, daß auch dann, wenn die Sache eine res furtiva, oder vi possessa iſt, der b. f. possessor nichts deſto weniger berechtigt ſei, fructus suos facere [1]). Ein Umſtand, der für fruchtbringende bewegliche Sachen von höchſter Wichtigkeit iſt, indem dieſe in den wenigſten Fällen uſucapirt werden können, weil eine jede vom m. f. possessor veräußerte bewegliche Sache den Charakter einer res furtiva annimmt [2]). So iſt man denn oft befugt, ſich die Früchte der fremden Sache anzueignen, ohne daß man die Sache ſelbſt uſucapiren kann. Aber eben ſo iſt es, wenigſtens nach dem römiſchen Rechte, ſehr wohl möglich, daß jemand den Uſucapionsbeſitz hat und dennoch nicht in der Lage iſt, die Früchte der fremden Sache ſich ſo anzueignen, ut interim ejus fiant. Denn, wenn nur bei der erſten Erwerbung des Beſitzers der Sache die bona fides vorhanden war, ſo hindert die nachfolgende mala fides die Fortſetzung der bereits empfangenen Uſucapion nicht. Dagegen beruht das fructus suos facere auf dem Zuſtande einer feſtdauernden bona fides [3]).

Gerade dieſes letztere Princip, wenn wir es mit gehöriger Conſequenz feſthalten, ſcheint den Schlüſſel zur Löſung des

---

[1]) fr. 48. D. XLI, 1. adq. rer. dom. fr. 48. §. 6. D. XLVII, 2. furt.

[2]) §. 3. J. II, 6. usuc.

[3]) fr. 48. §. 1. D. XLI, 1. adq. rer. dom.

ganzen, sonst räthselhaften Verhältnisses zu enthalten. Denn es führt uns zu der Folgerung, daß, so wie ohne bona fides der Fruchterwerb nicht gemacht werden kann, eben so die Fortdauer und späteren Wirkungen des schon gemachten Erwerbes durch die Fordauer der bona fides bedingt sind. Der Fruchterwerber hat daher die Rechte eines Eigenthümers der separirten Früchte, weil er zur Zeit ihrer Separation in bona fide war; deßhalb namentlich ist er auch befugt, wie ein Eigenthümer die Früchte zu consumiren, ohne hinterdrein dafür verantwortlich zu sein. Allein er behält diese Rechte auch nur so lange, als er noch fortdauernd in bona fide verbleibt. Denn sein Recht an den Früchten ist nichts als ein b. f. possessio, welcher die Gesetze interimistisch die Wirksamkeit wahren Eigenthums beigelegt haben. Darum ändert sich das ganze Verhältniß in demselben Momente, in welchem jene bonae fidei possessio aufhört, d. h. der Besitzer sich überzeugt hat, daß er nicht Eigenthümer der Hauptsache, also auch nicht befugt war, sich die Früchte derselben anzueignen. In demselben Momente hört für ihn nicht blos die Möglichkeit auf, auch noch späterhin durch Separation an neuen Früchten das Eigenthum zu erwerben, sondern es hört auch, mit dem Wegfallen seines ursprünglichen Grundes, der bona fides, sein bisheriges interimistisches Eigenthum an den schon früher separirten Früchten auf, falls nicht, durch die inzwischen erfolgte consumtio, das Erlöschen jenes bisherigen Rechtsgrundes für den Besitzer juristisch unschädlich geworden ist. Da übrigens das Recht zur Consumtion der Früchte nur als eine natürliche Folge, als ein Ausfluß des interimistischen, durch die Fortdauer der bona fides bedingten Eigenthumes erscheint, so befreit auch die Consumtion den Fruchterwerber nur dann von aller späteren Verantwortlichkeit und Restitutionsverbindlichkeit, dem Eigenthümer der Hauptsache gegenüber, wenn er wirklich noch als *bonae fidei possessor* die Früchte consumirt hat. Die Früchte müssen also bona fide gezogen und gleichmäßig bona fide verbraucht worden sein, wenn

dasjenige eintreten soll, was die Römer als *fructus consumtos suos facere*, oder als *fructus lucrari* bezeichnen. Dagegen kann der Besitzer allerdings auch noch nach eingetretener mala fides die früher bona fide von ihm angefangene Usucapion der Früchte fortsetzen.

§. 7.

Verfolgen wir nun, von diesem Grundprinzipe ausgehend, den Entwicklungsgang des ganzen Rechtsverhältnisses, in seinen verschiedenen Stadien, etwas spezieller, so erklären sich daraus sehr einfach mancherlei Erscheinungen und Grundsätze im römischen Rechte, die sonst etwas Auffallendes behalten. Sie bekommen dadurch ihr volles, natürliches Licht, während man, nach jeder andern Ansicht, zu höchst künstlichen Theorien seine Zuflucht nehmen muß, um sie nur einigermaßen zu erklären; Theorien, welche, wie sich weiter unten zeigen wird, noch dazu etwas höchst Willkührliches haben und sich aus den Quellen selbst nicht nachweisen lassen.

Der Eigenthümer einer Sache bleibt, trotz der bona fides des Besitzers, Eigenthümer jener Sache, und folgeweise auch der Früchte davon, so lange sie noch mit der Hauptsache zusammenhängen. Erst der Moment der Separation führt diejenige Aenderung herbei, welche in den Quellen so ausgedrückt wird: b. f. possessor fructus interim suos facit. Der Eigenthümer derselben verliert dadurch in demselben Maaße interimistisch das schon bisher gehabte Eigenthum an den Früchten. Darum kann der b. f. possessor, so lange dieses Verhältniß fortbesteht, frei in jeder Art über die Früchte schalten und walten. Darum kann ihn der Eigenthümer der Hauptsache für das, was in diesen Zeitraum fällt, auch späterhin nicht verantwortlich machen.

Ein zweiter Zeitpunkt, der wichtige Aenderungen herbeiführt, ist der Moment, in welchem der Besitzer in mala fides versetzt wird. Er genießt von jetzt an nicht mehr die bisherigen

Rechte an den Früchten, sondern es fällt jetzt das Eigenthum derselben wieder von selbst an den Eigenthümer der Hauptsache zurück. Darum haftet der Besitzer dem Eigenthümer der Hauptsache nunmehr wie ein m. f. possessor, und muß demselben, auf deßhalb erhobene Vindication, die noch in Natura vorhandenen Früchte restituiren, obgleich er sie vor dem Eintritte der mala fides gezogen hatte. Denn er ist nicht mehr Eigenthümer, sondern nur Besitzer, und zwar jetzt m. f. possessor derselben. Darum ferner befreit die Consumtion der Früchte den Besitzer, der sie nach dem Eintritte der mala fides vorgenommen hat, nicht von der Restitution ihres Werthes, wenn er hinterdrein deßhalb von ihrem Eigenthümer in Anspruch genommen wird. Denn er hat sie nicht als Eigenthümer, auch nicht als b. f. sondern als m. f. possessor consumirt. Es ist aber ein allgemeines Princip im römischen Rechte, daß der m. f. possessor dem Eigenthümer auch für die consumirten Früchte zu haften habe. Daraus folgt ferner, daß der Eigenthümer der Hauptsache nicht blos gelegentlich, bei der Vindicirung jener Hauptsache selbst, nebenbei seinen Anspruch auf die noch vorhandenen Früchte geltend machen kann, sondern auch mit einer selbstständigen Rei Vindicatio. Denn er ist ja in der That wieder Eigenthümer der Früchte geworden. Uebrigens steht mit dem eben Ausgeführten nicht im Widerspruche, daß dem Besitzer der Früchte auch noch nach der eingetretenen mala fides gewisse andere Berechtigungen verbleiben, welche das römische Recht, ohne Rücksicht auf festdauernde bona fides, demjenigen zuspricht, der überhaupt nur früher ein Mal in bona fide gewesen ist. Dahin gehört der Schutz der publiciana in rem actio, sowie die Möglichkeit einer Vollendung der bereits angefangenen Usucapion.

Ein dritter, in seinen Folgen wichtiger Moment ist der der Anstellung der Rei Vindicatio von Seiten des Eigenthümers der Hauptsache. Denn durch die Mittheilung der Klage wird, auch wenn er bisher immer noch in bona fide gewesen wäre, der Beklagte juristisch in das Verhältniß zu der besessenen Sache

gebracht, als sei er in mala fide [1]). Darum muß auch von diesem Zeitpunkte an sein bisheriges Eigenthum an den noch vorhandenen Früchten aufhören und an den Eigenthümer der Hauptsache zurückfallen. Eine Folge davon ist, daß er dem Letzteren, wenn derselbe die Früchte von ihm vindicirt, weder sein Eigenthum ableugnen, noch selber sich auf sein eigenes Eigenthum, mittelst der s. g. exceptio dominii, berufen kann. Dagegen läßt sich auch nicht mit Grund einwenden, daß, wenn der Beklagte erst durch die Mittheilung der Klage in mala fides versetzt wird, der Vindicant ja noch gar nicht zur Anstellung der Klage befugt gewesen sei. Denn es kommt hier alles nur darauf an, wie sich das Verhältniß bei der Litis Contestation herausstellt und ob in diesem Momente der Beklagte sich noch auf das ihm selbst zustehende Eigenthum an den Früchten berufen kann. Das ist aber nicht der Fall, denn er ist jetzt schon in mala fides versetzt und die Wirkungen dieser mala fides, welche sich in dem Rückfalle des Eigenthumes der Früchte an den Eigenthümer der Hauptsache äußern, sind bereits vollständig eingetreten. Es verhält sich damit, wie mit gewissen anderen Bedingungen und Umständen, welche mit zu dem Fundamente einer bestimmten Klage gehören. Auch dabei ist es genug, wenn diese Umstände nur zur Zeit der Litis Contestation erweislich vorhanden sind. So setzt z. B. actio ad exhibendum zu ihrem Fundamente voraus, daß der Kläger ein juristisches Interesse dabei habe, sich die Sache exhibiren zu lassen. Dabei wird uns nun auf das Bestimmteste gesagt, es sei genug, wenn dieses Interesse nur bereits zur Zeit der Litis Contestation vorgelegen [2]). Es darf also alles dieses nicht verwechselt werden mit einer ganz anderen, allerdings streitigen Frage, ob es nach römischem Rechte zu einer

---

[1]) fr. 45. D. VI, 1. R. V. c. 22. C. III, 32. eod. c. 2. C. VII, 51. fruct. vergl. mit fr. 20. §. 11. fr. 25 §. 7. D. V, 3. H. P.

[2]) fr. 7. §. 7. D. X, 4. ad exhib.

wirksamen Durchführung des Vindicationsprozesses genügt, wenn der Kläger nur wenigstens noch während der Dauer des Prozesses, erst nach der Litis Contestation, das Eigenthum erwirbt.

Wenn endlich das durch die Separation erworbene Eigenthum des Besitzers an den bona fide gezogenen Früchten, in der angedeuteten Art, seinem Erfolge nach, von der höchst zweifelhaften Dauer der bona fides abhängt, also eine vorerst noch sehr schwankende, unsichere Existenz hat, so erklärt es sich ganz einfach, warum der Besitzer der Früchte, trotz seinem intermistischen Eigenthumserwerbe, usucapiren und dadurch sein bisher blos intermistisches Eigenthum in ein definitives und mehr gesichertes verwandeln kann. Eine Usucapion, welche in der That das römische Recht anerkennt. (S. oben unter I.) Es erscheint auch diese Usucapion um so natürlicher in dem Sachverhältnisse liegend, weil, nach der bisherigen Ausführung, das intermistische Eigenthum des Besitzers von der fortdauernden b. f. possessio abhängt, und dadurch den Charakter einer ungewöhnlich vom Gesetze begünstigten b. f. possessio erhält.

§. 8.

Es kommt nun darauf an, diese Sätze, deren Consequenz und innerer, logischer Zusammenhang gewiß nicht zu leugnen ist, theils aus den Rechtsquellen selbst, theils aus der Natur der Sache genauer nachzuweisen.

Daß mit der bisherigen bona fides der Besitzer das Recht verliert, für die Zukunft fructus suos facere, sagen uns Ulpian[1]), Africanus[2]) und Paulus[3]) auf das Bestimmteste. Wenn Julianus[4]) in Rücksicht der Früchte eines Grundstückes es nicht so strenge nimmt, so wird dieses jetzt allgemein als eine singuläre Ansicht jenes Juristen angesehen, welche,

---

[1]) fr. 23. §. 1. D. XLI, 1. adq. rer. dom.

[2]) fr. 40. D. eod.

[3]) fr. 48. D. eod.

[4]) fr. 25. §. 2. D. XXII, 1. usur.

der entschiedenen, durch passende, aus der Natur des Verhältnisses selbst entlehnte Gründe motivirten Theorie der übrigen römischen Juristen gegenüber, keine Berücksichtigung verdient. Auch gestattet Julian keineswegs unbedingt dem Besitzer eines fremden Grundstückes, auch noch späterhin, nach bereits angetretener mala fides, sich die Früchte davon anzueignen, sondern nur dann, wenn zu der Zeit des Bestellens und Säens noch bona fides vorhanden war. Hier würden ja schon nach allgemeinen Principien jedenfalls die Saat- und Bestellungskosten dem Besitzer, ganz ohne Rücksicht auf vorhandene bona fides, zu erstatten sein, wenn ihm die Herausgabe der Früchte zugemuthet wird. Julian geht nur noch einen Schritt weiter, indem er kurzer Hand, wegen der zur Bestellungszeit noch vorhandenen bona fides, dem Besitzer, zu seiner billigen Entschädigung, überhaupt noch die Früchte selbst lassen will. Auf Früchte von beweglichen Sachen leidet das schon an sich nicht Anwendung und jedenfalls läßt es doch Julian wenigstens in sofern noch mit auf die Fortdauer der bisherigen bona fides ankommen, als dieselbe zur Zeit des Säens noch vorhanden gewesen sein muß.

Daß der Besitzer die bona fide gezogenen Früchte nur dann definitiv und bleibend in sein Vermögen bringt[1]), *consumtos suos facit*, wenn er sie *bona fide*, d. h. noch bevor er erfahren, daß er kein Eigenthumsrecht an der Hauptsache habe, consumirt, das liegt schon in der ganzen Art, wie sich unsere Rechtsquellen darüber aussprechen. Sie sagen nämlich da, wo sie der Vortheile des Consumirens gedenken, *bonae fidei possessor* fructus consumtos suos facit, oder: *bonae fidei* pos-

---

[1]) Ich brauche absichtlich diesen unbestimmteren Ausdruck, weil man an dem Ausdrucke: durch Consumtion das Eigenthum der Früchte erwerben Anstoß genommen hat. Jedenfalls ist die hier gewählte Bezeichnung geeigneter und hebt jenen Anstoß, obgleich sie vollkommen dem römischen: *suos facere fructus* entspricht.

sessor consumtos fructus lucratur, oder: *bonae fidei* possessor consumtos fructus restituere non cogitur [1]). Wenn nun aber die Consumtion in die Zeit der bereits vorhandenen mala fides fällt, so ist es ja nicht der *bonae fidei* possessor, welcher die Früchte durch Consumtion lucrirt, sondern der *malae fidei* possessor. Denn, daß er sich, nachdem seine bisherige bona fides aufgehört hat, für die Folgezeit in einen malae fidei possessor verwandelt, und sich dann als solchen behandeln lassen muß, leidet keinen Zweifel. Das wird ja auch in vielen anderen, eben so wichtigen Beziehungen allgemein anerkannt, indem z. B. der bisherige b. f. possessor von jenem Zeitpunkt an für jede culpa haftet. Warum sollte das bei den Früchten und bei deren Consumtion anders sein? Das dürfen wir um so weniger annehmen, weil uns ganz allgemein gesagt wird, der *malae fidei* possessor haftet für alle Früchte, auch für die consumirten. Nirgends findet sich dabei eine Spur von einer Unterscheidung, ob die vom m. f. possessor consumirten Früchte noch während der Dauer der früheren bona fides, oder erst nach eingetretener mala fides, separirt worden sind. Ueberhaupt ist der Begriff eines bonae fidei possessor, seiner Natur nach, kein solcher, welcher durch einen bestimmten Moment für immer und alle Zeiten begründet wird. Er ist vielmehr nach der Dauer der bona fides zu beurtheilen und deßhalb dem Wechsel unterworfen. Daher sagt auch Ulpian ausdrücklich in dieser Beziehung von der b. f. possessio und dem damit zusammenhängenden Fruchterwerbe [2]).

»Quaestio in eo est, utrum initium spectemus, an singula momenta. Et magis est, ut singula momenta spectemus.«

Wenn also die Römer von dem Besitzer der fremden Sache, mit unmittelbarer Beziehung auf die mit zu restituirenden

---

[1]) fr. 40. D. XLI, 1. adq. rer. dom. fr. 4. §. 19. D. XLI, 3. usurp. fr. 4. §. 2. D. X, 1. fin. reg. c. 22. C. III, 32. R. V.

[2]) fr. 23. §. 1. D. XLI, 1. adq. rer. dom.

Früchte, sagen, daß er, mit der Rei Vindicatio verklagt, als b. f. possessor anders zu behandeln sei, wie der m. f. possessor, so liegt darin mit Nothwendigkeit ausgesprochen, daß, wenn jenes Verhältniß im Laufe der Zeit wechselt, auch die daraus entspringenden Berechtigungen, oder Verpflichtungen des Besitzers zu den verschiedenen Zeiten verschieden seyen. Daher namentlich wird auch derjenige, welcher, Anfangs in bona fide, späterhin noch vor seiner gerichtlichen Belangung, sich von der Unrechtmäßigkeit seines Besitzes überzeugte, als *malae fidei* possessor verklagt. Dagegen kann man sich denn auch natürlich nicht berufen auf die Usucapion, welche allerdings, in ihrem Anfange, auf bona fides gebaut ist und dennoch nach römischem Rechte durch die nachfolgende mala fides nicht unterbrochen wird. Denn gerade darin besteht ja ein Hauptunterschied zwischen den Bedingungen des Fruchterwerbes und denen der Usucapion [1]). Auch beruht es nur auf einem unrichtigen Sprachgebrauche, wenigstens fur das römische Recht, wenn man den Usucapienten während der ganzen Dauer der Usucapionszeit schlechtweg als bonae fidei possessor bezeichnet. Anders freilich nach canonischem Rechte.

§. 9.

Sehr sprechend ist für das Rechtsverhältniß des Besitzers zu den zu consumirenden Früchten, wie es bisher von uns dargestellt worden, nachfolgende Pandektenstelle.

Africanus lib. VII. Quaest. [2])

»Quaesitum est, si is, cui liber homo bona fide serviret, decesserit, eique is heres extiterit, qui liberum eum esse sciat: an aliquid per eum adquirat? Non esse ait, ut hic bona fide possessor videatur, quando sciens liberum possidere coeperit; quia, et si fundum suum quis legaverit, heres, qui eum legatum esse sciat, procul dubio fructus ex

[1]) fr. 48. §. 1. D. XLI, 1. adq. r. d.
[2]) fr. 40. D. eod.

eo suos non faciet. Et multo magis, si testator eum alienum b. f. emtum possedit. Et circa servorum igitur operam ac ministerium eandem rationem sequendam, ut sive proprii, sive alieni, vel legati, vel manumissi testamento fuerint, nihil per eos heredibus, qui modo eorum id non ignorarent, adquiratur. *Etenim simul haec fere cedere, ut quo casu fructus praediorum consumtos suos faciat b. f. possessor, eodem per servum ex opera et ex re ipso ei adquiratur.*

Der Sinn ist hier der. Der b. f. possessor eines Servus erwirbt ex opera et ex ministerio dieses Sklaven gerade eben so und in demselben Verhältnisse, wie der b. f. possessor die Früchte des von ihm besessenen fremden Grundstückes erwirbt. Beide jedoch nur unter der Voraussetzung, daß sie sich wirklich noch zu der Zeit, worauf es dabei ankommt, in bona fide befinden. Am Schlusse wird nun, von den Worten an: etenim simul haec fere caet. das Resultat der Vergleichung so zusammengefaßt. Für den Besitzer des Sklaven ist, in Rücksicht der Frage über das Dasein der bona fides, entscheidend der Bloße Moment der Adquisition ex opera oder ex re; für den Besitzer des Grundstücks aber auch zugleich der Moment der Consumtion. Denn nicht blos das einstweilige suos facere fructus erwähnt dabei Africanus, sondern das fructus praediorum *consumtos* suos facere. Warum aber bei der Erwerbung aus den Dienstleistungen des fremden Sklaven kein Zeitpunkt der Consumtion noch besonders hervorgehoben wird, davon liegt der Grund darin, weil hier schon in dem Acte der ersten Erwerbung eine Art Consumtion liegt. Denn die geleisteten operae oder ministeria existiren, sobald sie geleistet sind, nicht mehr in Natura, können also, als etwas noch Existirendes, auf keinen Fall später vindicirt werden [1]). Daß aber bei den Früchten des fremden Grundstückes auch der Mo-

[1]) S. weiter unten.

ment der Consumtion hier ausdrücklich mit erwähnt wird, ist darum hier entscheidend, weil ja der ganze übrige Theil des Fragmentes sich lediglich mit der Frage beschäftigt, in wie fern und wann der Besitzer der fremden Sachen, um daraus zu erwerben, in bona fide gewesen sein müsse. Hieraus ergibt sich denn auch, wie wenig die Gegner für ihre Theorie dadurch gewinnen, daß sie sich auf die Gleichstellung des Fruchterwerbes mit dem Erwerbe des b. f. possessor ex operis servi berufen. Denn, gerade aus der Art dieses Vergleiches ergiebt sich, wie die Römer auf das Dasein der bona fides auch im Momente der Consumtion der Früchte Gewicht legten.

§. 10.

Zu allem diesem kommt noch die richtige Erklärung eines meistens nicht gehörig gewürdigten Ausdruckes, dessen sich in einer Hauptstelle Paulus bedient, um dadurch die Art und das Wesen des von dem Besitzer im guten Glauben erworbenen Rechtes an den Früchten der fremden Sache genauer zu bezeichnen. Er sagt[1]):

Bonae fidei emtor non dubie percipiendo fructus etiam ex aliena re suos *interim* facit.«

Daß damit ein blos interimistischer Eigenthumserwerb angedeutet werden solle, liegt in den Worten selbst. Auch stimmen darin überein alle Ausleger des römischen Rechtes, in soweit sie dem b. f. possessor überhaupt einen wahren Eigenthumserwerb zuschreiben. Es fragt sich nur, in wiefern und warum jener Erwerb ein blos interimistischer genannt und als solcher bezeichnet werden kann.

Die Gegner wollen ihn deßhalb als einen blos interimistischen bezeichnet wissen, weil der auf Herausgabe der Hauptsache mit der Rei Vindicatio verklagte b. f. possessor, aus obligatorischen Gründen, officio judicis genöthigt werden könne, die noch nicht consumirten Früchte mit zu restituiren und dadurch das Eigenthum derselben auf den Eigenthümer der

[1]) fr. 48. D. XLI, 1. adq. rer. dom.

Hauptsache wieder zurück zu übertragen. Allein, ganz abgesehen davon, daß sich ein solches obligatorisches Verhältniß aus den Rechtsquellen selbst nicht nachweisen läßt, so kann und muß man mit Grund bezweifeln, ob überhaupt, nach den Regeln des allgemeinen, namentlich auch des römischen juristischen Sprachgebrauches, in einem Falle der Art von dem Erwerber gesagt werden kann: *fructus interim* suos facit. Wir finden nämlich im römischen Rechte viele Fälle, in welchen jemand, der eine Sache zum Eigenthume erworben hat, mittelst einer Klage genöthigt werden kann, das Eigenthum der Sache auf denjenigen, von welchem er sie erworben hat, zurück zu übertragen. So z. B. wenn jemand eine Sache von dem Eigenthümer unter dem pactum de retrovendendo oder de retro emendo gekauft hat. Ebenso, wenn jemand ein indebitum, oder ob turpem causam, oder sine causa etwas bezahlt erhalten hat. Ein anderes Beispiel liefert der Fall, wenn man eine Sache von einem Anderen zum Eigenthum übertragen erhalten hat, unter Umständen, unter welchen der Auctor gegen seine Eigenthumsübertragung Restitutio in integrum verlangen kann. Allein würde man wohl in diesen Fällen von demjenigen, welcher etwas auf solche Art in sein Eigenthum bekommen hat, sagen können, er erwerbe es blos *interim*? Gewiß nicht! Sein Erwerb ist ein definitiver. Das sieht man eben daraus, weil er entweder auf irgend eine Art förmlich rescindirt werden muß, oder wenigstens sonst einen ganz neuen, zu dem Zwecke der Rückübertragung des Eigenthumes vorzunehmenden Rechtsact voraussetzt. Blos und vorerst interim erwirbt man vielmehr nur dann eine Sache, wenn man sie unter solchen Umständen erhalten hat, unter welchen, durch den Eintritt eines bestimmten, mit der Art der Erwerbung zusammenhängenden Ereignisses, das Eigenthum schon von selbst wieder erlöscht, gewöhnlich durch Rückfall an denjenigen, von dem man erworben hat. Dahin würde z. B. die Eigenthumserwerbung des Grundeigenthümers an dem in sein Gebäude verbauten

fremden Baumateriale, so lange das Gebäude selbst noch steht, gehörig, wenn man darin eine wahre Eigenthumserwerbung findet. Denn allerdings läßt sich viel sagen für die Ansicht, daß das tignum auch nach seiner Verbauung, als tignum nicht aufhört, seinem bisherigen Eigenthümer zu gehören, und daß nur das Vindicationsrecht dieses bisherigen Eigenthümers so lange sistirt wird, als die Verbindung des Balkens mit dem fremden Gebäude fortdauert[1]). Jedenfalls gehört aber hierher, wenn die bisher vertheidigte Ansicht begründet ist, der Fruchterwerb des b. f. possessor, in so fern die Fortdauer seines Eigenthums an den Früchten durch die Fortdauer der bona fides bedingt ist. Denn, daß der Besitzer sein interimistisches Eigenthum möglicherweise durch Consumtion oder Usucapion in ein definitives, von der fortdauernden bona fides unabhängiges verwandeln kann, das steht dem Begriffe des blos Interimistischen darum nicht entgegen, weil ja dann jenes definitive Eigenthum sich auf einen ganz neuen Rechtstitel oder Rechtsgrund stützen würde. Es ist dann mehr blos etwas Zufälliges, daß jener neue Rechtsgrund ebenfalls mit der b. f. possessio zusammenhängt.

Wenn wir nun die oben angeführten Worte von Paulus auf diese Weise erklären, d. h. den von ihm gebrauchten Ausdruck *interim* zunächst auf die Fortdauer der bona fides beziehen und damit in Verbindung setzen, so liegt auch darin in der That nichts Willkührliches. Denn eine genauere Prüfung des Inhaltes jener Stelle beweist, daß sich dort gerade alles

---

[1]) Für die erstere Ansicht scheint zwar zu sprechen c. 2. C. III, 32. R. V. wegen der Worte: si vero fuerit dissolutum, ejus materia ad *pristinum* dominum *redit*. Aber freilich drücken sich die Pandekten darüber mehr in dem Sinne der zweiten Ansicht aus. Denn Gajus spricht sich in fr. 7. §. 10. D. XLI, 1. adq. r. d. so aus: Nec tamen ideo is, qui materiae dominus fuit, desiit ejus dominus esse, sed tantisper neque vindicare eam potest, neque ad exhibendum de eo agere.

um das Daſein der bona fides dreht. Namentlich entwickelt darin Paulus recht gefliſſentlich, daß es zwar bei der Uſucapion auf die Forderung der anfangs vorhandenen bona fides nicht weiter ankomme, wohl aber bei dem Fruchterwerbe.

Es liegt ferner in unſerer Theorie von dem Fruchterwerbe eine gewiſſe ſehr verſtändige Conſequenz, die ſich beſonders dann offenbart, wenn wir ſie mit den übrigen Beſtimmungen unſerer Quellen, welche das Recht des b. f. possessor betreffen, vergleichen. Die Aufgabe der Legislation war die, die Intereſſen zweier Perſonen, welche allerdings ſchwer mit einander zu vereinigen ſind, des Eigenthümers der Hauptſache und des b. f. possessor, auf eine für beide billige Weiſe zu berückſichtigen. Wie das römiſche Recht dieſe Aufgabe im Uebrigen löſt, iſt bekannt. In Beziehung auf die Frage, in wie fern der b. f. possessor den von der fremden Sache durch ihre einſtweilige Benutzung, uti et frui gemachten Gewinn lucrirt, oder den Eigenthümer der Sache daran mit Theil nehmen laſſen muß, ſtellt es folgendes durchgreifendes Princip auf. Der Beſitzer, ſo lange er in gutem Glauben verbleibt, ſoll interimiſtiſch das Benutzungsrecht der fremden Sache, wie ein Eigenthümer, haben und hinterdrein für keine ſchon der Vergangenheit angehörende Folgen deſſelben verantwortlich ſein. Nur was von dieſen Nutzungen bei dem Eintritte der mala fides, noch als reines Produkt der fremden Sache ſelbſt, in Natura bei dem Beſitzer übrig iſt, nur das verfällt dem Eigenthümer der Hauptſache in der Art, daß es ihm gerade ſo gehört, wie die Hauptſache ſelbſt. Das entſpricht auch vollkommen dem bekannten Grundſatze: bona fides tantumdem possidenti praestat, quantum veritas [1]). Darum braucht der Beſitzer für den *usus*, den er von der fremden Sache während der Dauer der bona fides gemacht hat, dem Eigenthümer hinterdrein keine Entſchädigung zu geben. Denn es liegt in der

[1]) fr. 136. D. L, 16. V. S.

Natur eines solchen Brauchens, ohne Früchte zu ziehen, daß ein natürliches Product davon, nach gemachtem Gebrauche, nicht übrig bleiben kann. Der Vortheil aus einem solchen Usus wird daher sofort definitiv erworben. Auch kann ja derselbe hinterdrein dem bisherigen Besitzer im guten Glauben nicht wieder entzogen werden, ohne ihn oft in eine schlimmere Lage zu bringen, als er ohne das Brauchen gewesen wäre. Denn er würde nicht selten eine Benutzung, die er, wenn er nicht zufällig die Sache besessen hätte, eben so gut hätte entbehren können, hinterdrein bezahlen müssen. Darum namentlich erwirbt der b. f. possessor eines fremden Servus dasjenige, was er bona fide aus dessen operae erwirbt, sofort definitiv. Denn die Dienste, sobald sie ein Mal geleistet worden sind, existiren nicht mehr in Natura, sind eo ipso consumirt und können nicht hinterdrein vindicirt werden [1]). Dasselbe Princip wird nun auch auf die *fructus* angewendet und bringt nur dort ein, in der Natur der Sache liegendes, anderes Resultat. Die separirten Früchte der fremden Sache fallen allerdings zunächst dem b. f. possessor zu und er ist in Rücksicht desjenigen, was er damit bona fide vornimmt, dem Eigenthümer hinterdrein in keiner Art verantwortlich, also auch nicht, wenn er die Früchte verzehrt, veräussert, kurz consumirt hat. Gerade um dieses Verhältniß möglich zu machen, heißt es im römischen Rechte vom b. f. possessor, daß er fructus interim suos mache. Allein alles dieses hört mit dem Eintritte der mala fides auf. Was also zu dieser Zeit von den früher gezogenen Früchten noch in Natura bei dem Besitzer sich vorfindet, fällt an den Eigenthümer der Hauptsache zurück und kann ebenfalls von ihm, wie die Sache selbst, vindicirt werden. Der natüliche Billigkeitsgrund davon ist der, weil ja jetzt der Besitzer, von dem fremden Eigenthum in Kenntniß gesetzt, sich des Verbrauches der Früchte enthalten kann. Es werden ihm

[1]) fr. 40. D. XLI, 1. adq. r. d. Vergl. Backe c. l. pag. 183. sq.

auch dadurch keine eigenen pecuniären Aufopferungen zugemuthet, indem er jedenfalls die auf die zu restituirenden Früchte gemachten Verwendungen erstattet erhält. Auch läge gewiß umgekehrt eine größere Härte für den Eigenthümer der Hauptsache darin, nicht ein Mal das noch in Natura vorhandene reine Produkt seiner Sache, als sein Eigenthum in Anspruch nehmen zu dürfen, als die bereits vom Besitzer consumirten Früchte zu entbehren. Wollte das römische Recht dem b. f. possessor mehr Rechte an den Früchten einräumen, so müßte es consequenterweise dem Eigenthümer der Hauptsache unbedingt einen jeden Anspruch auf die Früchte, sobald sie ein Mal bona fide separirt worden, absprechen.

§. 11.

Für diejenige Ansicht von dem Fruchterwerbe, welche bisher als die im Geiste des römischen Rechtes liegende dargestellt worden ist, sprechen nicht blos die angedeuteten direkten Gründe, sondern es kommt noch ein entscheidendes indirektes Moment hinzu. Es beruht dieses auf dem Umstande, daß der Gegner, um ihrer abweichenden Ansicht die nöthige Unterlage zu geben und um namentlich damit die klaren Bestimmungen unserer Rechtsquellen über die Restitutionsverbindlichkeit auch der vom b. f. possessor gezogenen Früchte einigermaßen in Einklang zu bringen, zu einer ungemein künstlichen Theorie ihre Zuflucht nehmen zu müssen. Diese Letztere findet aber in den Rechtsquellen selbst durchaus keine feste Stütze, sondern beruht mehr blos auf, wenn auch scharfsinnigen, doch jedenfalls willkührlichen Vermuthungen.

Nach jener Theorie der Gegner soll vorerst zwar der b. f. possessor zur Restitution der noch vorhandenen Früchte an den Eigenthümer der Hauptsache verpflichtet sein. Er soll aber dazu von dem Letzteren nicht mit einer selbstständigen Klage, sondern nur mittelst der auf die Hauptsache selbst gerichteten Rei Vindicatio und nur bei Gelegenheit derselben angehalten werden können. Nun ist es freilich nicht zu leugnen, daß es

im römischen Rechte gewisse Obligationsansprüche gibt, welche die Eigenthümlichkeit haben, daß sie keinen selbstständigen klagbaren Anspruch begründen, sondern nur bei Gelegenheit eines andern Anspruches, zu welchem sie sich als bloße Accessionen verhalten, und nur mit der Klage aus diesem Hauptanspruche geltend gemacht werden können. Allein das ist eine Eigenthümlichkeit, welche sich keineswegs von selbst versteht, nicht vermuthet werden kann, sondern nur da eintritt, wo die gesetzlichen Bestimmungen sie ausdrücklich vorschreiben. Auch finden wir in der That, wo so etwas vorkommt, dieses sehr geflissentlich, als etwas ganz Besonderes, Ungewöhnliches, hervorgehoben und erwähnt. So z. B. daß der Anspruch des Capitalgläubigers gegen den säumigen Schuldner auf Verzugszinsen, so weit er überhaupt im römischen Rechte begründet ist, nur so weit klagbar ist, als der Gläubiger noch die Klage auf das Capital hat, und nur mit dieser letzteren Klage geltend gemacht werden kann [1]). Sollte nun etwas Aehnliches für den Anspruch auf die Restitution der von der Litis Contestation noch b. f. von dem Besitzer der fremden Sache gezogenen Früchte, so weit sie noch nicht consumirt sind, eintreten, so müßte das ebenfalls auf einer ausdrücklichen Gesetzesvorschrift beruhen. Um so mehr, da es von dem m. f. possessor gewiß ist, daß gegen ihn eine selbstständige Vindication der Früchte statthaft ist. Das gestehen denn auch die Gegner insofern zu, als sie sich zu diesem Zwecke auf eine Reihe von Stellen des römischen Rechtes berufen. Allein es bedarf nur einer etwas genaueren Prüfung derselben, um sich zu überzeugen, daß sie durchaus nicht dasjenige, was man hineinlegt, enthalten. Man beruft sich nämlich vor allem auf die bekannte Institutionen-

[1]) c. 4. C. IV, 34. depos. „Non enim duae sunt actiones, alia sortis, alia usurarum, sed una; ex qua condemnatione facta, iterata actio rei judicatae exceptione expellitur.“ Vergl. noch c. 13. C. IV, 32. usur.

stelle, welche ex professo von dem Fruchterwerbe des b. f. possessor handelt [1]).

»Si quis a non domino; quem dominum esse crediderit, bona fide fundum emerit, vel ex donatione aliave qualibet justa causa aeque bona fide acceperit, naturali ratione placuit, fructus, quos percepit, ejus esse pro cultura et cura. *Et ideo, si postea dominus supervenerit et fundum vindicet, de fructibus ab eo consumtis agere non potest.*

In diesen letzteren Worten liege nämlich implicite ausgesprochen, daß der dominus fundi zwar die fructus nondum consumtos klagend restituirt verlangen könne, aber nur zugleich mit dem Grundstücke selbst, *si fundum vindicet.* Allein wie willkührlich und falsch der zweite Theil dieses Schlusses ist, ergibt sich auf das Bestimmteste aus dem unmittelbar folgenden Nachsatze in derselben Institutionenstelle:

»Ei vero, qui alienum fundum sciens possederit, non idem concessum est; itaque *cum fundo* etiam fructus, licet consumti sint, cogitur restituere.«

Es wird also der Ausdruck: *cum fundo fructus restituere* auch von dem m. f. possessor gebraucht, gerade so, wie von dem b. f. possessor. Dennoch ist es entschieden und wird allgemein anerkannt, daß der Grundeigenthümer gegen den Besitzer im bösen Glauben auch selbstständige Klagen hat, womit er die Restitution der Früchte, sie mögen noch vorhanden, oder bereits consumirt sein, verlangen kann. Das ist die rei vindicatio in Rücksicht der noch vorhandenen, die condictio in Rücksicht der bereits consumirten Früchte [2]). Man sieht also, wie die Institutionen auf die Worte, *si fundum vindicet,* keineswegs das Gewicht legen, daß dadurch eine selbstständige Klage ausgeschlossen werden solle. Sie wollen vielmehr damit nur

---

[1]) §. 35. J. II, 1. rer. div.

[2]) c. 3. C. IV, 9. cond. ex lege. c. 4. C. IX, 22. exp. her.

überhaupt ausdrücken: wenn der Eigenthümer der Hauptsache, als solcher, seine Ansprüche geltend macht.

Man beruft sich aber auch noch auf eine andere Institutionenstelle [1]).

„Si in rem actum sit coram judice, sive contra petitorem judicaverit, absolvere debet possessorem, sive contra possessorem, jubere ei debet, *ut rem ipsam restituat cum fructibus.*“

Daraus geht nun freilich hervor, daß der Richter am Schlusse des Vindicationsprozesses das officium hat, in der sententia nicht blos über die zu restituirende Hauptsache zu erkennen, sondern auch zugleich mit über die zu restituirenden Früchte. Ueber die nach erfolgter Litis Contestation gezogenen, oder versäumten Früchte schon ungebeten, über die Früchte der früheren Zeit wenigstens auf besonderes Bitten des Klägers [2]). Allein wie kann daraus der Schluß gezogen werden, daß der Eigenthümer keine besondere selbstständige Klage auf die noch nicht consumirten Früchte gegen den b. f. possessor habe? Denn das erwähnte officium judicis bei der sententia geht doch entschieden mit auf diejenigen Vindicationsprozesse, wo der Beklagte ein m. f. possessor ist und wo allgemein anerkannt ist, daß gegen ihn auch eine separate Vindication der noch vorhandenen Früchte Statt findet. Ueberhaupt geht aus der Vergleichung vieler anderer Stellen, so wie aus der Geschichte und Natur des römischen Civilprozesses hervor, wie wenig der Umstand, daß zugleich mit der eingeklagten Sache auch die Früchte derselben *judicis officio* zu restituiren sind, beweist, daß derjenige, welchem die Früchte zu restituiren sind, keine besondere Klage auf die letzteren habe. Wenn z. B. der Proprietar, nach dem Erlöschen des Usus-fructus, von dem bisherigen Usufructuarius seine Sache vindi-

[1]) §. 2. J. IV, 17. off. jud.

[2]) fr. 25. §. 8. D. XXI, 1. aed. ed.

cirt, so bringt es ebenfalls das *officium judicis* mit sich, den Beklagten nicht blos zur Restitution der Sache selbst, sondern auch zugleich mit zur Restitution der nach dem Erlöschen des Ususfructus gezogenen Früchte zu verurtheilen[1]). Dennoch wissen wir auf das Bestimmteste, daß die Restitution jener Früchte auch für sich, mit einer separat auf sie gerichteten Vindication verlangt werden kann. Noch entscheidender ist die bekannte Constitution, wodurch Justinian die verschiedenen, bei Gelegenheit der hereditatis petitio zwischen dem Kläger und dem Beklagten zur Sprache kommenden gegenseitigen Obligationsansprüche regulirt. Es sollen dieselben schon bei der Entscheidung des eigentlichen Erbschaftsprozesses *judicis officio* berücksichtigt werden. Wenn sie aber etwa vom Richter übertragen worden, so können sie auch durch separate Klagen, durch die actio negotiorum gestorum oder durch eine condictio ex lege geltend gemacht werden[2]).

Mit eben so geringem Erfolge beruft man sich auf die bekannte Constitution von Diocletian und Maximian, welche so lautet[3]):

»Mala fide possidens, de proprietate victus, de extantibus fructibus vindicatione, de consumtis vero condictione conventus, eorum restitutioni parere compellitur.«

Allerdings wird hier, bei der Vindication der fructus extantes, der b. f. possessor nicht mit erwähnt. Allein davon liegt nicht blos eine natürliche, sondern sogar eine nothwendige Erklärung in dem ganzen Zusammenhange jener Constitution selbst. Sie steht im Titel: *de condictione ex lege, et sine causa, vel injusta causa*, und handelt von dieser condictio ex injusta causa, welcher schon an sich der b. f. possessor, als solcher, gar nicht unterworfen sein kann. Es lag also

[1]) fr. 33 — 35. D. VI, 1. R. V.

[2]) c. 12. §. 1. fin. C. III, 31. her. pet.

[3]) c. 3. C. IV, 9. de cond. ex lege. Vergl. auch noch c. 4. C. IX, 22. crim. exp. her.

auch nicht die entfernteste Veranlassung dazu vor, dabei auch des b. f. possessor Erwähnung zu thun. Die Vindication der noch vorhandenen Früchte wird nur ganz gelegentlich hier mit erwähnt. Dazu kommt noch, daß die hier erwähnte vindicatio, welche dem Eigenthümer der Hauptsache, in Beziehung auf die noch vorhanden Früchte zugesprochen wird, gar nicht zunächst als eine separate bezeichnet wird, sondern nur überhaupt als *vindicatio*. Denn auch zugleich mit der Sache selbst können ja die Früchte dem m. f. possessor durch die rei vindicatio abgefordert werden. Daher ist dasjenige, was den m. f. possessor von dem b. f. possessor unterscheidet, nicht der Umstand, daß dem ersteren die fructus extantes abvindicirt werden können, indem ja selbst nach der Ansicht der Gegner, auch der mit der rei vindicatio verklagte b. f. possessor die fructus extantes zugleich mit restituiren muß. Das Unterscheidende liegt vielmehr darin, daß der m. f. possessor unbedingt und immer für die Früchte verantwortlich ist, indem er selbst für die consumirten Ersatz leisten muß und darauf mit der condictio belangt werden kann. Das ist es denn auch, was die Kaiser in der oben abgedruckten Constitution sagen wollen. Es ist dasselbe, was die Institutionen da, wo sie ex professo den Unterschied zwischen dem b. und m. f. possessor erörtern, so ausdrücken:

»Et ideo, si postea dominus supervenerit et fundum vindicet, de fructibus ab eo (b. f. possessore) consumtis agere non potest.«

Wir wenden uns jetzt zu einer anderen Stelle, auf welche man sich zu berufen pflegt. Es ist das folgende Constitution von Justinian[1]).

»Eos, qui principali actione per exceptionem triginta, vel quadraginta annorum, sive personali, sive hypothecaria cecideruntt, jubemus non posse super usuris vel fructibus praeteriti temporis aliquam movere quaestionem, dicendo,

[1]) c. 26. pr. C. IV, 32. de usuris.

ex iisdem temporibus eas velle sibi persolvi, quae non ad triginta, vel quadraginta annos referuntur, asserendo, singulis annis earum actiones nasci. Principali enim actione non subsistente satis supervacuum est, super usuris vel fructibus adhuc judicem cognoscere.«

Es ſind beſonders die Schlußworte von *principale enim* an, auf welche man dabei Gewicht legt. Allein ſie gehören in keiner Beziehung hierher. Denn vorerſt iſt ja in jener Conſtitution gar nicht die Rede von der *rei vindicatio* einer Hauptſache und deren Früchten, ſondern lediglich von perſönlichen Klagen und von der *hypothecaria actio*. Es hat ferner Juſtinian nur den Fall vor Augen, wenn eine jener Klagen verjährt, und in Gefolge davon mit der exceptio triginta annorum abgewieſen worden iſt. Dann gilt das ganze Klagrecht aus dieſen perſönlichen, oder hypothekariſchen Verhältniſſen, mit allen ſeinen Acceſſionen, für verjährt und darum kann ſpäterhin kein Klaganſpruch auf Früchte, oder Zinſen aus jener Zeit, wo das verjährte Klagrecht noch exiſtirte, mehr geltend gemacht werden. Denn die Anſprüche auf Zinſen und Früchte verhalten ſich zu der erloſchenen principalis actio, wie acceſſoriſche Forderungen, welche ohne die Grundlage der erſteren nicht länger beſtehen können. Alles dieſes paßt alſo nicht auf das Vindicationsrecht der ſeparirten Früchte, welchem jene rein acceſſoriſche Natur abgeht. Auch würde ja die c. 26., wenn ſie wirklich hierher zu ziehen wäre, viel zu viel, nämlich eben ſo gegen den ſelbſtſtändigen Anſpruch des Eigenthümers der Hauptſache auf die ſeparirten Früchte, inſofern ihre Reſtitution dem m. f. possessor obliegt, beweiſen. Die Selbſtſtändigkeit dieſes Klaganſpruches wird aber allgemein anerkannt.

Endlich ſtützt man ſich auch noch auf eine Conſtitution der Kaiſer Honorius und Theodoſius[1]).

[1]) c. 3. C. VII, 51. de fruct. et lit. exp.

»Terminato transactoque negotio, posthac nulli actio, neque ex rescripto, *super sumtuum petitione* praestetur, nisi judex, qui de principali negotio sententiam promulgavit, cominus partibus constitutis, juridica pronuntiatione significaverit, *victori causae restitui debere expensas, aut super his querelam competere.* Post absolutum enim dimissumque judicium, nefas est, litem alteram consurgere ei litis primae materia.«

Es ſpringt aber in die Augen, daß hier blos und allein von dem Anſpruche auf Erſtattung der Prozeßkoſten, *sumtuum petitio* die Rede iſt. Schon deßhalb gehört die ganze Stelle nicht hierher. Sie würde übrigens gerade eben ſo gut gegen die Selbſtſtändigkeit einer Klage auf Reſtitution der Früchte von Seiten des m. f. possessor beweiſen.

Das Reſultat der bisherigen Unterſuchungen iſt, daß wir keine einzige Stelle haben, in welcher das von den Gegnern aufgeſtellte Princip, wonach der b. f. possessor zur Reſtitution der noch vorhandenen Früchte nur mit der Klage auf die Hauptſache angehalten werden könne, ausgeſprochen liegt. Ja! es wird ſo etwas nicht ein Mal implicite angedeutet. Es verdient überhaupt beſonders hervorgehoben zu werden, daß überall, wo unſere Rechtsquellen die Wirkung des fructus suos facere ſcharf ausdrücken wollen, ſie zunächſt auf den Satz zurückgeführt wird, der *b. f.* possessor lucrire die *fructus consumtos*, brauche ſie nicht zu erſtatten. Wenn umgekehrt das Verhältniß des *m. f.* possessor zu den Früchten, wonach er ſie nicht suos mache, in ſeinen Folgen, ausgedrückt werden ſoll, ſo heißt es, er müſſe, in Gemäßheit einer Condictio, auch ſogar die fructus consumtos erſtatten [1]). Läge daneben auch noch ein anderer weſentlicher Unterſchied zwiſchen dem b. und m. f. pos-

[1]) §. 35. J. II, 1. rer. div. fr. 40. D. XLI, 1. adq. r. d. fr. 4. §. 19. D. XLI, 3. usurp. fr. 4. §. 2. D. X, 1. fin. reg. c. 22. C. III, 32. R. V. c. 3. C. IV, 9. cond. ex leg. c. 4. C. IV, 22. exp. her.

sessor in dem Umstande, daß der erstere, auch in Rücksicht der noch vorhandenen Früchte, keiner selbstständigen rei vindicatio unterworfen sei, so drängt sich einem die Frage auf, warum dieser eben so wichtige Umstand nicht ebenfalls in seiner vollen Schärfe hervorgehoben wird. Sein gänzliches Uebergehen ist um so auffallender, je häufiger dieser die Früchte betreffende Punct in den Rechtsquellen berührt wird, je häufiger, näher und dringender also die Veranlassung war, davon zu sprechen.

Dazu kommt noch, daß umgekehrt die ganze Art und Weise, wie unsere Rechtsquellen die Verbindlichkeit sowohl des b. f. als des m. f. possessor zur Herausgabe der noch vorhandenen Früchte erwähnen und darstellen, der Ansicht der Gegner höchst ungünstig erscheint. Denn sie bedienen sich dabei für beide Arten von Besitzern, derselben Ausdrücke, namentlich des Wortes *restituere fructus*. Dieser Ausdruck ist nun aber bekanntlich im römischen Rechte der eigentliche Kunstausdruck, um damit die Verbindlichkeit des mit der Rei Vindicatio verklagten Besitzers, die fremde, dem Vindicanten gehörende Sache herauszugeben, zu bezeichnen [1]). Allerdings bezeichnet dasselbe Wort *restituere* technisch auch noch bei der Rei Vindicatio die Verbindlichkeit des verklagten Besitzers zu der Herausgabe der Sache in der Art, daß der Kläger alles erhält, was er gehabt haben würde, wenn er seine Sache gleich zu Anfang des Vindicationsprozesses erhalten hätte [2]). Allein wir haben es

---

[1]) Cic. Verr. II. c. 2. 12. Gaj. Comm. IV, 47. fr. 68. D. VI, 1. R. V. fr. 1. §. 2. D. XX, 1. Wenn von der Verbindlichkeit die Rede ist, etwas, was ohne Grund, oder ohne bleibenden Grund, aus fremdem Vermögen in das unsrige übergegangen ist, wieder in das frühere Eigenthum zurück zu übertragen, so ist *restituere* nicht der Kunstausdruck, sondern *reddere* und jener frühere Eigenthümer soll dann die verlorene Sache *recipere*. v. Savigny System des heut. R. R. B. V. S. 127. Indessen soll damit nicht geleugnet werden, daß *restituere* zuweilen auch in einem uneigentlichen Sinne für *reddere* vorkommt.

[2]) fr. 22. 35. 76. D. L, 17. R. J.

ja hier mit der Restitution der schon vor der Litis Contestation gezogenen Früchte zu thun.

Es fehlt uns sogar nicht an Andeutungen in unseren Rechtsquellen, welche auf eine separirte Vindication der Früchte von dem b. f. possessor hinzuweisen scheinen. Es wird uns nämlich ausdrücklich gesagt, daß nicht blos, wenn die verkaufte Hauptsache selbst evincirt worden, sondern auch schon wegen erfolgter Eviction der bloßen Früchte der verkauften Sache, der Auctor zur Gewährleistung angehalten werden könne. Dabei wird wieder die Eviction des partus ancillae und die der eigentlichen Früchte ganz gleich behandelt.

Julianus libr. XV. Digest. [1]).

„Venditor hominis emtori praestare debet, quanti ejus interest, hominem venditoris fuisse. Qua re sive partus ancillae, sive hereditas, quam servus jussu emtoris adierit, evicta fuerit, agi ex emto potest."

Paulus lib. LIII. ad Edictum [2]).

„Si praegnans ancilla vendita et tradita sit, evicto partu, venditor non potest de evictione conveniri, quia partus venditus non est.

Julianus lib. LVIII. Digest. [3]).

„Vaccae emtor, si vitulus, qui post emtionem natus est, evincatur, *agere ex duplae stipulatione non potest*, quia nec ipsa, nec ususfructus evincitur."

Was nun namentlich die letzte Stelle von Julian, welche zunächst uns angeht, betrifft, so spricht sie dem Käufer der Kuh, bei erfolgter Eviction des bloßen Kalbes ohne die Kuh selbst, keineswegs den Anspruch auf Evictionsleistung gegen den Verkäufer ab, sondern nur die *actio ex duplae stipulatione*, weil diese voraussetzt, daß die Hauptsache selbst, oder der Usus-

[1]) fr. 8. D. XX. 2. evict.

[2]) fr. 42. D. eod.

[3]) fr. 43. D. eod.

fructus daran evincirt worden. Der Käufer hat in einem solchen Falle nur die actio emti. Der Grund davon liegt in der stricten Interpretation der Stipulationen[1]). Nun könnte man einwenden, daß die von der Eviction des Kalbes handelnde Pandektenstelle vielleicht den Fall voraussetze, wo der Käufer der Kuh ein m. f. possessor war und deßhalb bei ihm von einem *fructum suum facere* nicht die Rede sein konnte. Allein gerade aus dem inneren Zusammenhange der Stelle ergibt sich mit großer Bestimmtheit, daß sie keinen m. f. possessor voraussetzt. Denn wer mala fide, d. h. wissentlich eine fremde Sache kauft, kann bekanntlich nur dann Evictionsleistung fordern, wenn dieses ausdrücklich verabredet, stipulirt worden[2]). Allein gerade die actio ex stipulatu ist es, welche Julian dem Käufer der Kuh abspricht, weil die spezielleren Voraussetzungen gerade dieser Klage mangeln, ohne ihm die actio ex emto abzusprechen. Die actio ex emto hat aber nur derjenige, der bona fide die fremde Sache gekauft hat.

§. 12.

Nicht minder bedenklich sieht es mit einem zweiten Grundsatze aus, auf welchem, als ihrem Stützpuncte, die Theorie der Gegner beruht. Sie gestatten dem Eigenthümer der Hauptsache, obgleich das Eigenthum der noch vorhandenen Früchte nicht schon von selbst auf ihn zurückfallen soll, dennoch, zugleich mit der Hauptsache, auch die Restitution der Früchte von dem b. f. possessor zu verlangen. Um dieses nun zu erklären, nehmen sie eine besondere Obligatio zu Hülfe, in Gefolge welcher der Besitzer das Eigenthum der Früchte an den Vindicanten zurück zu übertragen verpflichtet sei. Das deute die Wendung, daß die Früchte *judicis officio* zu restituiren seien, an.

---

[1]) Glück Erläut. der Pand. B. XX. S. 346. Mühlenbruch §. 397. Not. 8. Lehrb.

[2]) c. 27. C. VIII, 45. evict.

Sehen wir nun auch ein Mal ganz davon ab, daß in den von den römischen Juristen und den Kaisern bei dieser Gelegenheit gebrauchten Ausdrücken und Wendungen durchaus nichts liegt, was auf ein solches Zurückübertragen des Eigenthumes der Früchte, auf den Eigenthümer der Hauptsache hinweist. Ferner davon, daß der immer wiederkehrende Ausdruck: fructus *restituere*, seiner oben erwähnten streng juristischen Bedeutung nach, nicht ein solches Zurückübertragen, reddere bezeichnet, so wie davon, daß dieselben Ausdrücke von der Verbindlichkeit des b. und m. f. possessor gebraucht werden. Jedenfalls muß doch das Dasein und das Wesen dieser besonderen Obligatio von den Gegnern aus den Quellen nachgewiesen werden.

Allerdings gibt es nämlich Fälle, in welcher derjenige, der das Eigenthum an einer Sache an den Anderen verloren hat, verlangen kann, daß es ihm wieder zurückübertragen wird. Allein dann spricht das römische Recht dieses scharf und bestimmt aus. Es macht dann ferner theils das Rechtsmittel namhaft, wodurch diese Rückübertragung herbeigeführt werden soll, theils hebt es den Grund, wodurch der bisherige Eigenthümer zu einer solchen Rückübertragung verpflichtet sei, möglichst scharf hervor. Was nun jenes Rechtsmittel betrifft, so ist das niemals eine Rei Vindicatio, bei deren Gelegenheit jene Verbindlichkeit zur Sprache kommt, sondern immer eine selbstständige persönliche Klage. Bald ist es eine condictio, wie z. B. die condictio indebiti, ob turpem caussam, ob causam datorum, sine causa u. s. w. Bald ist es eine wahre Klage auf Restitutio in Integrum, mit welcher um Rescission des Uebertragungsgeschäftes gebeten wird. Bald endlich ist es die Klage aus einem besonderen auf Rückübertragung der Sache gerichteten Vertrage, z. B. aus dem Mutuum, oder aus einem dem Kaufcontracte beigefügten pactum de retrovendendo. Damit hängt denn auch zusammen der besondere Obligationsgrund, welcher das Verlangen einer Rückübertragung rechtfer-

tigen soll. Er liegt für jene Condictionsfälle in dem Umstande, daß der jetzige Eigenthümer der Sache keinen gerechten Grund, keine causa hat, die Sache zu behalten. Er liegt für die eigentlichen Restitutionsfälle in der justa causa restitutionis, welche sehr verschieden sein kann. Endlich liegt er auch oft in jenem besonderen, früher darauf abgeschlossenen Vertrage.

Alles dieses paßt nicht auf die angebliche Forderung des Eigenthümers der Hauptsache gegen den b. f. possessor auf Zurückübertragung der Früchte. Denn sie soll, nach eigener Angabe der Gegner, weder durch eine Condictio, noch durch einen Antrag auf Restitutio in Integrum, noch durch eine Vertragsklage geltend gemacht werden, sondern beiläufig, bei der Entscheidung des in einer andern Sache betreffenden Vindicationsprozesses, officio judicis vermittelt werden. Dennoch wird der Eigenthümer der Hauptsache sein Klagegesuch mit darauf zu richten haben. Denn es ist ein allgemeines Princip des römischen Civilprozesses, daß das officium judicis auf dasjenige, was vor der Litis Contestation vorgefallen ist, nur dann Rücksicht nimmt, wenn ausdrücklich von dem Kläger, zur Begründung eines Nebengesuches, darauf hingewiesen worden ist[1]).

Daß ein besonderer Rechtsgrund der von ihnen behaupteten obligatio ad fructus reddendos nachgewiesen werden müsse, scheinen die Gegner selbst zuzugeben. Denn sie berufen sich auf ähnliche Obligationen, welche im römischen Rechte vorkommen[2]). Allein keines dieser von ihnen erwähnten Beispiele ist geeignet, für unseren vorliegenden Fall eine irgend entsprechende Analogie zu liefern. Vielmehr beruhen sie sämmtlich auf Gründen, welche auf den hier in Frage stehenden Fall nicht Anwendung leiden. Entweder wird dabei die Verbindlichkeit zu der Zurückgabe durch eine förmliche Restitutio

[1]) fr. 25. §. 8. D. XXI, 1. aed. ed.

[2]) Backs c. l. pag. 171. sq.

in Integrum vermittelt, oder es wird die Obligatio aus der Litis Contestation abgeleitet. Wenn namentlich derjenige, welcher erst nach erfolgter Litis Contestation die Usucapion der von ihm mit der Rei Vindicatio eingeklagten Sache vollendet hat, trotz dem die usucapirte Sache dem Vindicanten herausgeben muß, so erklärt sich das sehr natürlich aus einem zweifachen Grunde. Ein Mal aus der durch die Litis Contestation herbeigeführten besonderen Obligation; sodann nehmen dabei die Römer selbst eine wahre in Integrum Restitutio zu Hülfe [1]). Daß nun der Eigenthümer der Hauptsache nicht förmlich gegen den Fruchterwerb des b. f. possessor in integrum restituirt werde, bedarf keines Beweises, so wie auch eine solche Vermittlung der Restitutio in Integrum nie von den Gegnern dabei zu Hülfe genommen worden ist. Es bleibt also noch die Obligation aus der Litis Contestation zu prüfen übrig. Allein aus dieser läßt sich noch weniger jene Verbindlichkeit des b. f. possessor ableiten. Denn, obgleich in der That an die Litis Contestation sich wichtige neue Verpflichtungen des Beklagten knüpfen, so beschränken sich doch diese, ihrem Inhalte und Umfange nach, lediglich auf das Verhältniß des Klägers zu dem Beklagten für die Zeit nach der Litis Contestation. Es soll dadurch dafür gesorgt werden, daß der Kläger, falls er hinterdrein den Prozeß gewinnt, in die Lage versetzt werde, in welcher er sich befunden haben würde, wenn gleich bei dem Anfange des Prozesses sein Recht, aus dem er klagt, vollständig anerkannt worden wäre [2]). Daher läßt sich aus der Litis Contestation sehr wohl erklären, warum die nach ihrem Eintritte vollendete Usucapion dem Vindican-

---

[1]) fr. 18. D. VI, 1. R. V. §. 3. J. IV, 17. off. jud. §. 5. J. IV, 6. act. Ebenso verhält es sich mit dem Falle, den fr. 1. §. 1. D. IV, 6. erwähnt. S. Backe c. l.

[2]) fr. 40. pr. D. V, 3. her. pet. fr. 15. D. XXII, 1. usur. fr. 35. §. 1. D. VI, 1. R. V.

ten nicht schadet. Eben so, warum der Beklagte die nach der Litis Contestation gezogenen Früchte unbedingt restituiren muß [1]). Allein wie kann durch die Litis Contestation, welche in ihren Folgen niemals rückwirkende Kraft hat, eine Obligation des Beklagten, die schon vorher bona fide gezogenen Früchte wieder herauszugeben, abgeleitet werden! Sie muß also nothwendig schon früher existirt und einen anderen Grund haben.

Wir wollen nun, um diesen aufzufinden, noch alle Möglichkeiten erschöpfen und prüfen. Er könnte vielleicht gesucht werden in dem Umstande, daß der Besitzer nicht Eigenthümer, sondern nur b. f. possessor der Hauptsache gewesen. Allein das ist ja eben der Grund, weßhalb ihnen gestattet wird, fructus suos facere. In demselben Umstande, welcher den Grund zur ersten Erwerbung des Eigenthumes der Früchte abgegeben hat, kann doch unmöglich zugleich der Grund zu der nachherigen Restitutionsverbindlichkeit liegen. Auch würde dieser Grund viel zu viel beweisen, namentlich, consequent durchgeführt, den Besitzer auch zu der Restitution der schon bona fide consumirten Früchte obligiren. Weit eher könnte man den Grund zu jener Restitutionsobligation in dem Umstande suchen, daß der bisherige b. f. possessor, als Erwerber der Früchte nach der durch die Litis Contestation oder durch andere Ereignisse herbeigeführten mala fides, keinen rechtlichen Grund, keine causa mehr habe, sie zu behalten, sie also sine causa besitze. Allein gerade dann müßte, nach aller Analogie des übrigen römischen Rechtes, dem Eigenthümer eine selbstständige Klage auf die Rückgabe der Früchte zugesprochen werden, nämlich die condictio sine causa. Denn bekanntlich ist diese Klage, wo sie nicht etwa blos electiv mit anderen Condictionen concurrirt, besonders für diejenigen Fälle bestimmt, wo der gerechte Grund, den der Erwerber der Sache, bei ihrer Erwerbung hatte, späterhin durch nachfolgende Ereignisse ganz wieder hinweggefal-

[1]) fr. 35. fr. 75. D. L, 16. V. S. fr. 15. D. XXII, 1. uasr.

len ist [1]). Nichts destoweniger findet sich in unseren Rechtsquellen keine Spur davon, daß der Eigenthümer der Hauptsache, nach eingetretener mala fides des Fruchterwerbers, die noch vorhandenen Früchte condiciren könne, was doch der allereinfachste Weg wäre, um ihm wieder zu dem verlorenen Eigenthume der Früchte zu verhelfen. In derselben Weise hat derjenige, welcher indebite etwas weggegeben hat, auch die fructus, namentlich auch die vom b. f. possessor gezogenen, zu condiciren [2]). Allein gerade der Umstand, daß ihm, was doch so natürlich wäre, keine Condictio zu diesem Behufe gegeben ist, beweist, daß schon außerdem, auf andere Weise, das Eigenthum jener Früchte auf ihn zurückgefallen ist, also dadurch die rechtliche Möglichkeit einer Condiction für ihn aufgehört hat. Denn es ist bekannt, daß, mit einziger Ausnahme der furtiva condictio, alle übrigen eigentlichen Condictionen niemals dem Eigenthümer der zu condicirenden Sache zustehen, sondern vielmehr von Seiten des Klägers immer verlorenes und noch nicht wiederhergestelltes Eigenthum voraussetzen [3]).

Allen diesen Schwierigkeiten entgehen wir nun, wenn wir das Prinzip festhalten, daß der b. f. possessor das Eigenthum, was er in Gefolge der bona fides, interimistisch an den Früchten der fremden Sache erworben hat, wieder von selbst verliert, sobald der Grund der ersten Erwerbung, die bona fides aufhört. Darum war die Gestaltung einer condictio der Früchte juristisch eben so unnöthig als unmöglich.

§. 12.

Schließlich verdient noch dreierlei hervorgehoben zu werden. Vorerst der Umstand, daß auch in anderer Beziehung die bisher vertheidigte Theorie dem Geiste des römischen Eigenthumsrechtes

---

[1]) fr. 2. D. XII, 7. cond. sine causa. fr. 11. §. 6. D. XIX, 1. act. emt.

[2]) fr. 15. pr. fr. 65. §. 5, D. XII, 6. fr. 38. §. 2. D. XXII, 1.

[3]) §. 14. J. IV, 6. act. fr. ult. fin. D. VII, 9. usufr. quemadm. cav.

am meisten entspricht. Bleibt der Besitzer der fremden Sache auch nach eingetretener mala fides, nach wie vor, Eigenthümer der b. f. separirten oder percipirten Früchte, bis er in Gefolge des über die Hauptsache entstandenen Vindicationsprozesses, judicis officio zu der Wiederherausgabe der Früchte angehalten wird, so behält er auch, trotz seiner nunmehrigen mala fides, das Recht, die noch vorhandenen Früchte zu consumiren. Es steht ihm daher auch frei, um einer dereinstigen, möglichen Restitutionsverbindlichkeit zu entgehen, bevor der Vindicationsprozeß in Rücksicht der Hauptsache gegen ihn eingeleitet worden, so schnell als möglich die Früchte zu consumiren. Ja! ein Vertheidiger derjenigen Theorie, wornach eine Usucapion der b. f. gezogenen Früchte für juristisch unmöglich erklärt wird, benutzt das sogar als einen entscheidenden Grund. Es bedürfe nämlich der Besitzer gar keiner Usucapion, indem er sich ja der Früchte durch Consumtion entledigen und auf diese Weise gegen alle Verantwortlichkeit sicher stellen könne. Allein würde nicht ein solches absichtliches Consumiren von Sachen, zu deren Restitution man eventuell verpflichtet ist, einen Dolus enthalten, wie ihn gewiß das römische Recht nicht billigt? Sollte das als die der Natur der Sache gemäße Gestaltung des Rechtsverhältnisses erscheinen? Gewiß nicht! Die Gegner könnten nun einwenden, daß das auch nicht das praktische Ergebniß ihrer Theorie sei, indem auf indirektem Wege diesem Dolus begegnet werden könne. Sie müssen sogar, wenn sie ihrer eigenen Ansicht getreu bleiben wollen, diesen Weg einschlagen, indem ein absichtliches Handeln, um ein eventuelles Forderungsrecht eines Andern zu vereiteln, unmöglich geduldet werden kann. Aber vorerst gelangen sie dann auf indirecten Wegen zu demselben Resultate, zu welchem direct unsere Theorie führt; nämlich zu dem Grundsatze, daß, dem endlichen Erfolge nach, auch die Consumtion der b. f. gewonnenen Früchte bei noch fortbestehender bona fides geschehen sein müsse, wenn sie den Besitzer von aller Verbindlichkeit befreien, ihn in die Lage bringen soll, ut fructus lucretur. Es

fragt sich aber auch ferner, auf welchem indirecten Wege jene offenbare Ungerechtigkeit verhütet werden soll. Denn, daß, nach der Strenge des Eigenthumsprinzipes, der Besitzer, so lange er noch wirklich Eigenthümer derselben ist, mit voller Wirksamkeit die Früchte consumiren und insbesondere veräußern kann, leidet keinen Zweifel. Soll er als *fictus possessor*, qui dolo malo fecit, quo minus possideret, haften? Das möchte darum sehr bedenklich sein, weil hier ja, nach der Ansicht der Gegner, nicht von einer Person die Rede ist, welche als Besitzer einer Sache dem Eigenthümer derselben haftet, sondern von dem anerkannten Eigenthümer der Sache, noch dazu einer solchen Sache, die keiner selbstständigen Rückforderungsklage unterworfen ist. Auch finden wir nirgends im Corpus Juris eine Spur der Anwendung der ficta possessio auf dieses Rechtsverhältniß, während Fälle der Art doch sehr oft hätten vorkommen müssen, es also von großem practischen Interesse gewesen wäre, davon zu sprechen. Wie soll es ferner gehalten werden, wenn, nach eingetretener mala fides des Fruchterwerbers, der Besitz der Früchte zufällig in die Hände des Eigenthümers der Hauptsache gekommen? Verbleiben sie, wie die Gegner annehmen, trotz dem noch im Eigenthume des ehemaligen b. f. possessor, so kann er sie unbedenklich vindiciren. Der Eigenthümer der Hauptsache hat auch natürlich nicht die exceptio dominii; aber auch schwerlich eine andere wirksame Einrede, welche ihn zum Behalten der Früchte berechtigt. Entscheiden dann nicht, wenn die Hauptsache inzwischen durch Zufall zu Grunde gegangen ist. Denn die Einrede könnte ja nur aus der obligatio ad reddendos fructus entlehnt werden. Aber eine solche existirt hier gar nicht, weil sie nur als Anhang der Verbindlichkeit aus dem die Hauptsache betreffenden Vindicationsprozeß, nur als zur *omnis causa* gehörig, geltend gemacht werden soll. Von der omnis causa kann jedoch ohne Klaganspruch auf die Hauptsache nicht füglich die Rede sein. Selbst, wenn die Hauptsache noch bei dem ehemaligen b. f. possessor sich befindet, selbst da bliebe dem mit

der rei vindicatio auf Herausgabe der Früchte verklagten Eigenthümer der Hauptsache nichts übrig, als die Früchte herauszugeben und sie hinterdrein mit der Hauptsache selbst zusammen zurück zu vindiciren.

Es bleibt uns zweitens noch übrig, einigen Einwendungen, die unserer Theorie entgegengestellt werden können, zu begegnen. Natürlich aber nur solchen Einwendungen, die nicht schon in dem Bisherigen ihre Erledigung gefunden haben. Man hat es insbesondere für unbillig erachtet, daß der Besitzer, wenn er der Vindication der Hauptsache selbst überhoben ist, erst nach besonderen Vindicationen wegen der davon gezogenen Früchte ausgesetzt bleiben soll. Allein es läßt sich fragen, ob nicht umgekehrt eine weit größere Härte für den Eigenthümer der Hauptsache in dem entgegengesetzten Principe liegt. Er ist, ohne seine Schuld, etwa durch ihren zufälligen Untergang bei dem Besitzer, um seine Sache gekommen und, in Gefolge dieses Zufalles, soll er nun auch noch das Recht verlieren, die Früchte, worauf er, nach der eigenen Theorie der Gegner einen obligatorischen Anspruch hat, zu verlangen! Hätte das römische Recht in solcher Art das Interesse des Eigenthümers dem des Besitzers nachsetzen wollen, so würde es schwerlich überhaupt eine Verbindlichkeit des Letzteren zur eventuellen Restitution der Früchte beliebt haben. Es würde dann dem Besitzer die bona fide gezogenen Früchte nicht blos interimistisch, sondern vielmehr gleich definitiv zugesprochen haben.

Man hat es ferner in besonders hohem Grade für unzweckmäßig erklärt, daß der Besitzer der Früchte, auch nachdem ihn die bereits abgelaufene Usucapionszeit über sein Eigenthum an der Hauptsache sicher gestellt hat, wegen der vielleicht kurz vorher gezogenen Früchte, noch einer Vindication ausgesetzt bleiben solle. Allein darin liegt nichts Unnatürliches. Nach römischem Rechte kam ja das sehr oft vor, daß jemand, auch nach vollendeter Usucapion der Hauptsache, wenigstens die noch

vorhandenen Früchte derselben dem ehemaligen Eigenthümer der Hauptsache auf erhobene Vindication, herausgeben mußte. Nemlich dann, wenn er die Früchte, nach schon begonnener Usucapion der Sache, aber nach schon eingetretener mala fides, welche die Fortsetzung der Usucapion nicht hinderte, gezogen hatte. Wenn ferner es auf der einen Seite eine Härte zu haben scheint, daß der Besitzer, nach schon vollendeter Usucapion der Hauptsache, noch vorhandene Früchte derselben restituiren muß, so ist es doch gewiß umgekehrt nicht weniger hart, daß der bisherige Eigenthümer der Hauptsache, nachdem er sie durch Usucapion verloren hat, nun auch noch ausserdem nicht ein Mal befugt seyn soll, die noch vorhandenen Früchte zu vindiciren, obgleich diese entschieden noch nicht durch Usucapion eines Anderen seinem Eigenthume definitiv entzogen sind.

Endlich mag noch kurz bemerkt werden, warum bei der ganzen bisherigen Ausführung lediglich das römische Recht berücksichtigt worden ist. Das canonische Recht konnte deßhalb nicht mit hinein gezogen werden, weil es über das Verhältniß des Besitzers zu den Früchten gar keine besondere Bestimmungen enthält. Nur so viel ist gewiß, daß, wenn wir den ganzen Geist des canonischen Rechtes, wie er sich namentlich in Beziehung auf die Usucapion ausspricht, berücksichtigen wollten, dieser der Theorie der Gegner weit weniger günstig sein würde, als der hier vorgetragenen. Denn unverkennbar legt das canonische Recht da, wo das Interesse des Eigenthümers mit dem des b. f. possessor in Conflict kommt, auf die Fortdauer der bona fides in der Person des Letzteren mehr Gewicht, als das römische Recht. Indessen soll aus diesem Umstande keineswegs ein besonderes neues Argument für unsere Theorie entlehnt werden. Denn es ist wohl das einzig Richtige, das canonische Recht hier ganz aus dem Spiele zu lassen.

VIII.

Ueber die Ableistung des Schiedseides bei Corporationen.

Von dem

Herrn Advokaten Huß zu Ahrensburg in Holstein.

Eine im 2ten Hefte des XV. Bandes dieser Zeitschrift abgedruckte Abhandlung von mir über die Ableistung des Schiedeseides von Corporationen hat v. Linde zu einigen Gegenbemerkungen veranlaßt, welche mich hinwiederum zu einer kurzen Entgegnung auffordern.

Allerdings habe ich die Betrachtung des Eides, als eines Zeugnisses in eigener Sache, mit Rücksicht auf die Natur des eigentlichen Zeugnisses für unzulässig gehalten, allein wenn es zur Frage steht, ob der Eid als ein Zeugniß in eigener Sache angesehen werden könne, so kann hiefür offenbar auch nichts anderes als der juristische Begriff des Zeugnisses überhaupt entscheidend sein. — Der juristische Begriff des letzteren befaßt, aber nur die Aussage eines Dritten, nicht aber die der Parthei selbst und wenn man demnach den Eid ein Zeugniß in eigener Sache nennt, so kann diese Bezeichnung folgeweise eben so wenig eine juristische Bedeutung haben, als geeignet sein, rechtliche Consequenzen zu gewähren. — Immerhin mag man den Eid uneigentlich ein Zeugniß in eigener Sache nennen, allein was nützt es, denselben als solches zu

betrachten, wenn er kein Zeugniß im juristischen Sinne sein kann. — Die Folgerungen, welche man aus der Natur des Zeugnisses in seiner eigentlichen Bedeutung zieht, lassen sich ja nicht ableiten, wenn das Verhältniß, woran man jene Folgerungen knüpfen will, kein wirkliches Zeugniß ist. v. Linde deducirt auch nichts aus der Natur des Eides, als eines Zeugnisses in eigener Sache, sondern er deducirt aus der Natur des eigentlichen Zeugnisses und folgert hieraus die Nothwendigkeit der persönlichen Ableistung des Eides. Er behauptet nämlich in seiner früheren Abhandlung, weil persönliche Erklärung des Zeugen (damit ist denn doch wohl nicht die Parthei, sondern der Dritte, der eigentlich und im juristischen Sinn sogenannte Zeuge gemeint) zur vollen Glaubwürdigkeit erforderlich, der Eid aber nichts anderes, als ein Zeugniß in eigener Sache sei, so müßte der Eid auch von der Parthei persönlich abgeleistet werden. — Unverkennbar subsumirt also v. Linde den Eid unter das Zeugniß (im eigentlichen Sinn) und wendet auf jenen an, was von diesem gilt. — Mit vollem Fug und Recht durfte ich daher v. Linde die Verschiedenheit der juristischen Begriffe, der rechtlichen Natur des Zeugnisses und des Eides entgegenhalten und hieraus die Falschheit des Schlusses nachweisen, daß persönliche Ableistung des Eides um deswillen nöthig sei, weil bei dem Zeugen die persönliche Erklärung erfordert werde. — Daß die Betrachtung des Eides als eines Zeugnisses in eigener Sache nicht nöthig, vielmehr ganz müßig sei, um die Nothwendigkeit der persönlichen Ableistung zu erklären, hat v. Linde nun selbst zugegeben, indem er bemerkt, daß der Grund, weßhalb persönliche Gegenwart bei dem Zeugnisse und bei der Eidesleistung erforderlich sei, bei beiden bloß in positiv rechtlicher Vorschrift liege. — Ist dieses der Fall, wie ich es selbst behauptet habe, so möchte es doch ohne Zweifel viel einfacher sein, den Satz, daß der Regel des Rechts nach die Majorität der Corporation schwören müsse, mit mir aus der

gesetzlichen Vorschrift, daß der Eid persönlich von der Parthei selbst abgeleistet werden solle, als mit v. Linde daraus zu deduciren, daß der Eid ein Zeugniß in eigener Sache und bei dem Zeugniß die Gegenwart des Zeugen erforderlich sei.

Was nun die zweite Frage betrifft, wer die schwörenden Mitglieder auszuwählen habe, wenn der Eid einzelner Mitglieder genügt, so hat v. Linde mich allerdings sehr mißverstanden, wenn er in meiner Behauptung, daß die einzelnen Mitglieder als besondere Rechtssubjecte und Individuen der Gemeinheit und ihrer Streitigkeit fremd seien, eine Sonderung ihrer Eigenschaften erblickt. Meine Behauptung geht vielmehr dahin, daß jedes Mitglied einer Gemeinde, wenn es in seiner Einzelheit betrachtet wird, eine eigene für sich bestehende Persönlichkeit ausmacht, daß jedes einzelne Mitglied im Verhältniß zur Corporation eine dritte Person bildet. — Deßhalb habe ich die Ansicht v. Linde's, daß durch die Eidesdelation an die Gemeinde implicite jedem Mitglied der Eid angetragen sei, für unzulässig gehalten, weil das einzelne Mitglied stets und unter allen Umständen als eine eigene und mithin fremde Person angesehen werden muß, mit welcher der Gegner der Gemeinde nichts zu schaffen hat. — Nur die ideelle Person der Gemeinde steht dem Deferenten gegenüber, nie aber die wirkliche Persönlichkeit des Mitglieds, nie die individuellen Mitglieder, wenn sie auch durch ihren Complex per fictionem das Rechtssubject der Corporation bilden. — Jedes Mitglied ist für den Deferenten eine andere Person als die Gemeinde, eine von dieser verschiedene Persönlichkeit und kann ihn daher in Streitigkeiten mit dieser in keiner Weise kümmern. Die Mitgliedschaft ändert nichts an der persönlichen Selbstständigkeit, sie afficirt und absorbirt durchaus nicht die für sich bestehende Persönlichkeit und deßhalb ist ein ursprüngliches auf die Aufforderung aller einzelnen Mitglieder zum Eide gerichtetes Recht des Deferenten juristisch nicht denkbar. Ein Streit mit den Mitgliedern wäre ein

Streit mit eben so vielen verschiedenen Personen und in nichts von dem Rechtsstreit mit den Theilnehmern einer Communio, mit Litisconsorten verschieden. — Gegen meine Meinung, daß deßhalb, weil die Praxis und der Gerichtsgebrauch die Ableistung des einer Gemeinde angetragenen Eides durch einzelne Mitglieder gestatten, die Befugniß des Deferenten, die Ableistung des Eides durch die Gemeinde selbst zu verlangen, aufgehoben und die Verpflichtung eingetreten sei, einen Stellvertreter zur Eidesleistung zuzulassen, führt v. Linde einestheils an, daß solche Praxis im Princip nicht rechtsbegründet sei und daher auch nicht in den daraus abgeleiteten Folgen rechtsbegründet sein könne, anderntheils, daß das Recht der Gemeinde, einen de- oder referirten Eid durch einen Mandatar schwören zu lassen, nicht bewiesen und nicht zu beweisen sei. — Jener Einwand muß in der That auffallend erscheinen, da v. Linde selbst sich auf eine entschiedene Praxis beruft, wornach nur einige Mitglieder zu schwören brauchen, und außerdem die Stellung der Letzteren zu der Gemeinde und deren Gegner wie das Verhältniß, unter welchem sie auftreten, nicht davon abhängt, ob die Eidesleistung derselben statt der Gemeinde theoretisch richtig oder verkehrt ist. — Die Frage ist ja, wie sind die einzelnen Mitglieder, welche den der Gemeinde obliegenden Eid ausschwören, zu betrachten, wenn es zugelassen wird, daß sie denselben ableisten, und bei dieser Untersuchung ist ja eben vorausgesetzt, daß die Leistung des von der Gemeinde angenommenen Eides durch einzelne Mitglieder für statthaft erklärt worden. — Nicht der Gerichtsgebrauch ist es, der im concreten Falle diese Eidesleistung durch einzelne Interessenten statuirt, sondern das durch den Gerichtsgebrauch mit Rücksicht auf Zweckmäßigkeitsgründe motivirte Urtheil. — Mag dieses nun auch theoretisch verkehrt sein, so wird es doch, da die Sentenz, welche es ausspricht, daß die Eidesleistung einzelner Mitglieder genüge, nur eine sententia iniqua sein kann, durch Rechtskraft bindende Norm und die Eidesleistung der einzelnen

Mitglieder ist demzufolge, wo sie geschieht, immer rechtsbegründet, weil ihr stets ein sie zulassendes rechtskräftiges Erkenntniß voraufgeht. — Dieses auf den Gerichtsgebrauch als ratio decidendi gebaute Erkenntniß gewährt in dem concreten Falle der Corporation das Recht, den ihr obliegenden Eid durch einzelne Mitglieder ableisten zu lassen, und damit ist — was ich gegen den zweiten Einwand v. Linde's bemerke — das Recht der Gemeinde, sich hinsichtlich der Ausschwörung des Eides vertreten zu lassen, bewiesen. — Denn die einzelnen Mitglieder — es ist ja immer vorausgesetzt, daß nicht die Majorität schwört — bilden die Gemeinde nicht, indem sie schwören, schwört nicht die Gemeinde, sondern es schwören dritte Personen. Dennoch aber wird für die Gemeinde, statt dieser geschworen, der Eid gilt nicht als von der Corporation, sondern als für dieselbe geleistet und die rechtlichen Folgen dieser Eidesleistung kommen der Gemeinde zu Gute. Was ist dies anders als Stellvertretung? Ich wenigstens meines Theils wüßte das Verhältniß, in welchem die einzelnen Mitglieder bei der Eidesleistung auftreten, unter keinen andern Gesichtspunct zu bringen, und schwerlich möchte ein anderer dafür aufzufinden sein. — Das kann ich nicht beweisen und habe ich nie beweisen wollen, daß jede Gemeinde in abstracto das Recht hätte, einen de- oder referirten Eid durch einen Mandatar schwören zu lassen, allein das habe ich behauptet und wie mir scheint hinlänglich nachgewiesen, daß da, wo einzelne Mitglieder den einer Gemeinde angetragenen Eid ausschwören dürfen, diese Mitglieder Stellvertreter der Gemeinde, und daß sie deßhalb, weil die Bestimmung der Person des Mandatars lediglich vom Mandanten abhängt, von der Gemeinde auszuwählen sind. Letzteres Resultat ist rechtliche Folge des Rechtsverhältnisses, worin die einzelnen Mitglieder zu der Gemeinde stehen, für welche sie den Eid leisten, und eben deßhalb kommen Zweckmäßigkeitsgründe bei der Entscheidung der Frage, wem das Wahlrecht competire, um so weniger in Betracht, als es sich hier

nicht de lege ferenda handelt. — Die Untersuchung, ob vom legislativen Standpunkte aus das Recht zur Auswahl der einzelnen Mitglieder der Gemeinde ab- und ihrem Gegner zuzusprechen sei, will ich gleichfalls anderen überlassen; so viel liegt aber vor, daß das Recht, sich seinen Vertreter selbst zu wählen, erst aufgehoben sein muß, um dem Gegner der Gemeinde das fragliche Wahlrecht beilegen zu können. —

Schließlich bemerke ich nur noch, daß ich die spätere Abhandlung v. Linde's über das bisher abgehandelte Thema freilich sehr wohl gekannt, daß ich sie aber um deßwillen unberücksichtigt gelassen habe, weil sie außer dem Versuch, durch const. 2. §. 5. C. 2. 59. nachzuweisen, daß schon nach römischem Rechte die Ableistung des einer Gemeinde obliegenden Eides von allen Gliedern derselben nicht für unbedingt nöthig gehalten worden sei — was ich nie bestritten habe — nur particularrechtliche Bestimmungen referirt, welche selbstverständlich für die Entscheidung einer gemeinrechtlichen Controverse nichts releviren.

IX.

Bemerkungen über den Gegenstand der vorhergehenden Abhandlung.

Von

von Linde.

Die unmittelbar vorhergehende Abhandlung des Herrn Huß, welche eine Erwiederung auf meine früheren Bemerkungen über denselben Gegenstand im Bd. 15. Heft 2. dieser Zeitschrift enthält, bedarf nach meiner Ansicht keiner nochmaligen speziellen Entgegnung von meiner Seite, weil ich die in meinen eben erwähnten Bemerkungen erhobenen Anstände nicht beseitigt halte, und wünschen muß, daß mir gegenüber Herr Huß das letzte Wort behalte, und ein anderer Prozessualist die Differenzen abwäge; einen Wunsch, den ich am Ende der Bemerkungen im Bd. 15. S. 171. ausgesprochen habe.

Außerdem ist interessant, wie in neuester Zeit auch v. Savigny im Syst. d. heut. röm. Rechts B. II. §. 92. S. 297. über diesen Gegenstand sich ausspricht. Er bemerkt: wenn eine juristische Person in ihrem eigenen Rechtsstreite einen Eid zu schwören habe, so entstehe eine besondere Schwierigkeit, da der Eid eigentlich nicht auf die juristische, sondern auf die rein menschliche Persönlichkeit der Partei (die Gewissenhaftigkeit des einzelnen Menschen) berechnet sei. Das römische Recht er-

wähne diesen Fall des Prozeßeides nicht; allein in dem ganz ähnlichen Falle eines durch Testament auferlegten Eides bestimme es, daß derselbe, wenn er einer Stadtgemeinde (also einer Corporation mit ausgebildeter Verfassung) auferlegt werde, von ihren Vorstehern geschworen werden solle. Fr. 97. de condit. 35, 1. Fr. 14. ad municip. 50, 1. Dieselbe römische Bestimmung, nur etwas näher ausgebildet, enthalte der Landfriede v. 1521. VII. 9. wornach der Reinigungseid einer geistlichen oder weltlichen Commune von zwei Drittheilen der Commun-Räthe geleistet werden solle. Die Meinung aber: welche von mir im Arch. f. c. P. X. S. 18—36. angenommen worden, wornach eigentlich alle Mitglieder der Corporation, oder wenigstens diejenigen, die für den Eid gestimmt haben, schwören sollten; hange mit sehr verbreiteten Ansichten über die Verfassung der juristischen Personen zusammen. Von diesen Ansichten handelt v. Savigny a. a. O. §. 96—100 [1]). Den v. Savigny'schen Ansichten über die Verfassung der Corporationen nähert sich nun allerdings die Darstellung des Herrn Huß. Ich selbst habe in einer frühern Abhandlung des Gegenstandes meine Zweifel über die Generalisirung der von v. Savigny in Bezug genommenen Gesetze angegeben [2]), und hege diese auch jetzt noch, wünsche aber im Interesse der Sache, daß dasjenige, was v. Savigny blos angedeutet, für die Gegenstände des Prozesses noch näher entwickelt werde. Das eigentliche Princip stellt v. Savigny a. a. O. §. 100. S. 357. auf, wo bemerkt wird: „daß die Prozeßführung für die den juristischen Personen zustehenden Rechte zu den unbedenklichen Geschäften der laufenden Verwaltung gehöre". Diese Behauptung ist im Grundsatze gewiß richtig; aber damit sind die Schwierigkeiten für unsern speziellen Gegenstand noch keineswegs beseitigt, die,

[1]) S. insbesondere auch v. Savigny a. a. O. §. 97. Note a. S. 329.

[2]) Arch. f. c. Prax. X. S. 17. f.

wie v. Savigny ſehr treffend gleich einleitend bemerkt, darum beſondere ſind, da der Eid eigentlich nicht auf die juriſtiſche ſondern auf die rein menſchliche Perſönlichkeit der Partei (die Gewiſſenhaftigkeit des einzelnen Menſchen) berechnet iſt.

Bei dieſer Veranlaſſung verdient auch eine Anſicht Deurer's im Arch. f. c. P. B. 25. S. 210. f. eine Berückſichtigung. In einer frühern Bearbeitung unſeres Gegenſtandes habe ich bezüglich der richterlichen Notheide die Anſicht ausgeſprochen, daß diejenige Partei rückſichtlich der Anträge, die einzelne ſchwurpflichtigen Perſonen zu nennen, zuerſt gehört werden ſollte, welche nicht zum Eide zugelaſſen werde, und dafür als Grund die rechtliche Natur der Notheide angeführt [1]). Hiergegen bemerkt Deurer, daß dieſer Grund wohl richtiger zur entgegengeſetzten Entſcheidung jener Frage führe, indem im Zweifel diejenige Partei, welcher der Richter ohnehin durch das Auferlegen des Notheides das Vertrauen ſchenke, ſeine richterliche Ueberzeugung von ihrem Abſchwören oder Nichtſchwören abhängig zu machen, gewiß auch um ſo mehr das Vertrauen in Anſpruch nehmen könne, daß ſie die tauglichſten, der Sache kundigſten Perſonen zum Eide vorſchlagen werde, womit die C. G. O. v. 1555. II. 10. §. 1. übereinſtimme. Dieſe Anſicht Deurer's würde die Folgerichtigkeit für ſich haben, wenn die Vorderſätze des Schluſſes richtig wären. Es iſt zwar mit Grunde nicht zu bezweifeln, daß dem römiſchen Rechte der Gebrauch des ſ. g. nothwendigen Eides bekannt war [2]), und zwar in der doppelten Richtung, dadurch entweder einen nicht genügenden Beweis zu vervollſtändigen (iuramentum suppletorium) oder einen nur ſchwachen gänzlich zu zerſtören (i. purgatorium) [3]); aber die Unterſtellung, daß der Richter bei Auferlegung eines Notheides ſich ausſchließlich oder auch

---

[1]) Arch. f. c. P. X. S. 54. f.

[2]) Fr. 31. de iureiur. 12, 2. Const. 3. de reb. cred. 4, 1.

[3]) Glück Com. XII. §. 811. S. 370. f. Die entgegengeſetzte An-

nur hauptsächlich oder vorzugsweise durch das einer Partei geschenkte Vertrauen dürfe leiten lassen, mögte sich nicht vertheidigen lassen. Das römische Recht weißt durch die Veranlassungsgründe zu einem solchen Eid (causa dubia, inopia probationum) ohnehin mehr auf das s. g. i. suppletorium, also auf den dem Beweisführer aufzuerlegenden Beweise hin; und wenn das canonische Recht auch sich dahin ausspricht: »Sane si actor omnino in probatione defecerit, reus debet, etsi nihil praestiterit, obtinere. Praesumtione vero faciente pro illo, rei deferri potest ad ostendendam suam innocentiam iuramentum, nisi iudex inspectis personarum *et causae circumstantiis* illud actori videat deferendum [1])«, und eine größere Hinneigung zum i. purgatorium andeutet; so erhellt doch auch deutlich genug aus der Vorschrift, daß auf die ganze Lage der Prozeßsache eben so viel Rücksicht, als auf das einer Partei zu schenkende persönliche Vertrauen genommen werden soll. Auch muß nach der ganzen Bedeutung der gemeinrechtlichen Beweistheorie, nach der Aufgabe des Richters sich durch gesetzmäßige Auffassung objectiver Beweisgründe und der formellen Lage der Sache, eine juridische Ueberzeugung zu bilden, Doctrin und Praxis bei unserem Gegenstande davon ausgehen, daß die Notheide ein noch zweifelhaftes Beweisergebniß voraussetzen; und daß nach dem objectiven Bestande der vorliegenden Beweisgründe zu bestimmen ist, ob es angemessen sei diese Beweismittel durch einen Eid zu vervollständigen oder gänzlich zu beseitigen, so daß ein Abwägen in dieser Richtung erst höchst bedenklich und unsicher sich darstellen muß, bis der Richter persönliches Vertrauen zu einer Partei in die Wagschaale legt. Um so vorsichtiger noch ist dieses Auskunftsmittel anzuwenden, als schon nach römischem Rechte ein solcher Eid nicht die Kraft

---

sicht Gesterding's in den Nachforschungen. Th. 6. Abth. 1. S. 107. werde ich bei einer andern Gelegenheit beleuchten.

[1]) Cap. 36. X. de iureiur. 2, 24.

eines von den Parteien deferirten Eides hat, zwischen beiden vielmehr nach Fr. 31. de iureiur. ein wesentlicher Unterschied im Gefolge bleibt [1]). Hiernach würde der Grund, auf welchen die, von meiner abweichende, Meinung gebaut wird, nur in seltenen Fällen entscheiden, meine Ansicht sonach für die Regel gerechtfertigt bleiben. Auch in der C. G. O. v. 1555. findet die jenseitige Ansicht keine durchgreifende Stütze, weil hier von der ganz singulären Prozedur wegen Landfriedensbruchs die Rede ist, wo man im Interesse der öffentlichen Ruhe und Ordnung zu eigenthümlichen Maßregeln zu greifen, Veranlassung hatte. Die Bestimmung lautet nämlich in der betreffenden Stelle [2]), soweit sie hierher gehört, wörtlich: „Würde aber ein Commun, sie wäre Geistlich oder Weltlich, dermaßen fürgenommen, soll der zweyt theil deß Raths derselben Commun, vor den Commissarien, so derhalben verordnet werden soll, persönlich, wie sich rechtlicher Ordnung nach gebührt, zu schweren schuldig sein; Vnd wo darunder etlich besondere verdächtige Person deß Raths durch den Kläger benent würden, die sollen vnder gemeldten zweyen theylen auch zu schweren eyngezogen werden; Wo aber etliche derselben Stadt oder Gemein Verwandte, als sonder Personen, sie seien in oder außerhalb Raths, also verdacht würden, soll es derhalben, wie mit andern sondern Personen, obgemeldter massen, gehalten werden. Vnd ob der beschuldigt also größlich verdacht, daß der mitpur-

---

[1]) Fr. 31. cit. „Admonendi sumus, interdum etiam post iusiurandum exactum permitti constitutionibus principum, ex integro causam agere, si quis nova instrumenta se invenisse dicat, quibus nunc solis usurus sit. Sed haec constitutiones tunc videntur locum habere, quum a iudice aliquis absolutus fuerit. Solent enim saepe iudices in dubiis causis, exacto iureiurando, secundum eum iudicare, qui iuravit. Quod si alias inter ipsos iureiurando transactum sit negotium, *non conceditur* eandem causam retractare."

[2]) Vergl. damit Landfrieden v. 1521. VII. 9. und meine Abh. im Arch. f. c. P. X. S. 21.

gatorn vonnöten, so soll zu bescheidenheit deß Richters stehen, jhme die aufzulegen, oder nicht; die dann schwören sollen, daß sie glauben, daß der oder die, so sich mit dem Eydt entschuldigt, recht geschworen haben; Vnd so er solch purgation gethan hat, soll er deß verdachts ledig sein, und alsdann beyde Eyde für recht geschworen gehalten werden, so lang bis der beschuldigt in Recht der that vberwunden wirdt; alsdann soll vnd mag gegen den vberwunden, als der that schuldig, vnd einen meineydigen, mit der straff und sonst, wie sich gebührt procedirt vnd gehandelt werden." Man sieht hieraus schon, daß kaum eine nutzweise Anwendung dieser Einrichtung auf das Civilprozeßverfahren zulässig, und für den Richter ein persönliches Vertrauen zu dem Schwurpflichtigen nicht leitend, sondern sofort durch das Gesetz die schwurpflichtige Partei bestimmt, und die Auswahl der Personen bei einer Commune dem Richter und dem Kläger geradezu überlassen ist; so daß also die Einrichtung, wenn sie maßgebend wäre, für meine Ansicht beweisen würde, da aus dem Umstande, daß der Gegner der schwurpflichtigen Commune die Verdächtigen mit Erfolg soll benennen dürfen, gewiß nicht folgt, daß die Commune schon vorher ein Wahlrecht müsse ausgeübt haben [1]).

---

[1]) In dem Schriftchen von Ludov. Höpfner Meditationum ad ius iudiciarium Fasc. I. Lips. 1738. p. 22 — 27. kommen gleichfalls interessante Bemerkungen über unsern Gegenstand vor, welche aber auf die hier zunächst verhandelten Fragen keinen Bezug haben.

X.

In wie weit ist der vom Vater zum Erben eingesetzte Pupillarsubstitut berechtigt, die eine der Erbschaften, zu welcher er berufen ist, anzunehmen, und die andere auszuschlagen?

Vom

Herrn Geheimen Hofrath und Professor Dr. **Warnkönig** zu Freiburg.

Vor mehreren Jahren behandelte der Verfasser gegenwärtiger Ausführung in der von Roßhirt (damals mit ihm) herausgegebenen Zeitschrift für Civil- und Criminalrecht Bd. II. S. 1—10. die bei der Pupillarsubstitution vorkommende Frage — in wie weit der Substitut, wenn er zugleich vom Vater des Pupillen zum Erben eingesetzt ist, nach römischem Rechte befugt ist, die eine der beiden Erbschaften anzutreten, die andere aber auszuschlagen? Die Lösung derselben wurde durch das Unterscheiden der Hauptfälle versucht, jedoch in größt möglicher Kürze.

Der Aufsatz blieb nicht unberücksichtigt [1]), es fand jedoch eine der Behauptungen des Verfassers einen entschiedenen Wi-

[1]) Derselbe veranlaßte ein Mißverständniß von Seiten Mühlenbruch's in der Fortsetzung Glück's Bd. XL. S. 3. Note 64. Dagegen

derspruch von Seiten der Herrn Mühlenbruch [1]), Fritz [2]), v. Löhr [3]) und v. Vangerow [4]), nehmlich die: daß die Annahme der väterlichen Erbschaft von Seiten des Pupillarsubstituten diesen nur in dem Falle verhindere, die des Pupillen auszuschlagen, wenn dieser Erbe des Vaters geworden und geblieben sey, nicht aber wenn er exheredirt gewesen, oder durch das Beneficium abstinendi von der Annahme der väterlichen Erbschaft frei geworden seyn sollte.

Der Widerspruch der genannten Gelehrten, verschiedene in jenem Aufsatze gebliebene Dunkelheiten, und der Wunsch, sich über diese auf jeden Fall sehr schwierigen und verwickelten Rechtsfragen eine so viel wie möglich vollständige Rechenschaft abzulegen, bestimmte den Verfasser, sie einer Revision zu unterwerfen, deren Resultate er zu veröffentlichen sich hiermit die Freiheit nimmt.

§. 1.

In seinem Aufsatze vom Jahre 1837 befolgte der Verfasser, was die angegebenen Fragen betrifft, folgenden Ideengang: daß er vier Hauptfälle unterschied, deren beide ersten er zu entscheiden versuchte, während er die Entscheidung der zwei letztern als Folgen der Entscheidung der erstern nicht weiter erörterte. Die Resultate waren:

I. Der Substitut hat die väterliche Erbschaft, in wie weit er zu derselben gerufen war, angenommen: ist er befugt, die pupillarische auszuschlagen?

---

machte der Verfasser eine Verwahrung in Richter's kritischen Jahrbüchern für die deutsche Rechtswissenschaft vom Jahre 1838. Bd. V. S. 948—949. bekannt.

[1]) Mühlenbruch a. a. O.

[2]) In seiner Ausgabe von Wening's Lehrbuch Bd. III. S. 272.

[3]) Im Archiv für civilistische Praxis Bd. 22. S. 2.

[4]) In seinem Leitfaden zu Pandecten-Vorlesungen Bd. II. S. 182.

Antwort:

1) Wenn der Pupille Erbe des Vaters ist, so kann er es nicht, besonders wegen

c. 20. C. 6. 30. (de jure deliberandi)

und fr. 59. D. 29. 2. (de A. et O. H.)

fr. 10. §. 2. 3. D. 28. 6. (de vulg. et pup. subst.)

2) Wenn der Pupille enterbt ist, so steht dem Substituten dieß frei.

3) Desgleichen wenn derselbe abstinirte, vorausgesetzt, das Testament sey nicht destituirt.

Directe Beweisstellen für die beiden letzten Sätze führte der Verfasser nicht an, suchte aber diese durch allgemeine Raisonnements, Argumente e contrario und durch die Analogie (was die letzte, betrifft mit Rücksicht auf fr. 10. §. 2. 3. D. 28. 6. und fr. 40. D. 29. 2.) zu begründen.

II. Wenn der Substitut die pupillarische Erbschaft ausschlug, so kann er die des Vaters

1) nicht annehmen, wenn der Pupill dessen Erbe geworden;

2) wohl aber, wenn dieser erheredirt war, oder

3) sich von der väterlichen Erbschaft losgesagt hatte.

Diese Sätze stützte der Verfasser auf verschiedene Stellen — nemlich auf

c. 20. C. 6. 30.

fr. 40. 41. D. 29. 2. (de A. et O. H.)

fr. 29. §. 2. — D. 36. 1. (ad SCtum. Treb.)

fr. 12. D. 28. 6. (de pup. et vulg. subst.)

Die oben angeführten Rechtsgelehrten sind, was den ersten und die drei letzten Fälle betrifft, mit dem Verfasser einverstanden; nicht aber, wie schon bemerkt, hinsichtlich der unter 2. u. 3. in Nr. I. aufgeführten.

Nach ihrer Ansicht kann der Pupillarsubstitut, wenn er die väterliche Erbschaft annahm, in keinem Falle die des Pupillen ausschlagen, wenn auch dessen Erbschaft mit der väterlichen

nie in Verbindung kam (etiamsi non juncta sit pupilli hereditas patris hereditati) und zwar blos wegen der allgemeinen Fassung des

fr. 59. D. 29. 2.

worin es heißt:

> Qui patri heres extitit, si idem filio impuberi substitutus est, non potest hereditatem ejus praetermittere; quod sic recipiendum est, etiam si vivo pupillo mortuus erit, deinde pupillus impubes decesserit; nam is, qui heres extiterit, pupillo quoque heres necessario erit; nam si ipsum invitum obligat, conjungi eam paternae hereditati et adcrescendi jure acquiri cuicunque patris heredi, existimandum est.

Der das Prinzip enthaltende Anfang der Stelle ist allerdings so allgemein gefaßt, daß alle in Nr. I. enthaltenen drei Fälle unter dasselbe fallen, also nicht blos der, wo der Pupill Erbe des Vaters wurde, sondern auch wenn er es nicht wurde. Allein der am Ende der Stelle angegebene Entscheidungsgrund, der auch in fr. 10. §. 2. D. 28. 6. vorkömmt, hatte den Verfasser bestimmt, die Stelle auf den ersten Fall (I. 1.) zu beschränken.

Dazu bewog ihn ferner die Betrachtung, daß nach ihm kein Grund vorhanden ist, bei diesen Fällen ein anderes Prinzip zu befolgen, als im Falle des Ausschlagens der väterlichen Erbschaft durch den Pupillarsubstituten, weil auch hier der Grundsatz: eine Erbschaft könne theilweise nicht ausgeschlagen werden, nur dann zur Anwendung kommt, wenn wirklich nur eine Erbschaft da ist, d. h. wenn der Pupill auch wirklich Erbe des Vaters geworden ist. In den entgegengesetzten Fällen sind ja zwei von einander ganz getrennte Erbschaften vorhanden, deren eine anzunehmen und die andere auszuschlagen nach allgemeinen Grundsätzen erlaubt seyn muß. Die ganz allgemeine Auslegung des fr. 59. würde dennoch ein durch keinen Grund zu rechtfertigendes jus singulare enthalten, was

aber schon der Fassung der Stelle wegen nicht anzunehmen ist.

Wenn die genannten Rechtsgelehrten es verwerflich finden, daß der Verfasser die Stelle restrictiv auslegt, so trifft sie theilweise, nemlich Mühlenbruch und v. Vangerow, der gleiche Vorwurf rücksichtlich ihrer Auslegung der

fr. 27. §. 2. D. 36. 1.
fr. 12. pr. D. 28. 6. fr. 40. D. 29. 2.

worauf sie ihre Behauptung stützen, daß nur, wenn der Pupill exheredirt war, (oder abstinirt hatte) der Substitut ausschlagen könne — nicht aber, wenn der Pupill die väterliche Erbschaft annahm — denn beide Stellen sprechen ganz allgemein.

§. 2.

Indem wir die sechs Fälle nun nochmals genau prüfen, wollen wir jedoch einen andern Gedankengang einschlagen, um die mit einander verwandten sowohl durch ein unmittelbares Nebeneinanderstellen, als durch das Entgegensetzen der von ihnen verschiedenen, in ein klareres Licht zu setzen; gehen aber von der hier vor allem zu erwähnenden (wie uns scheint) unwidersprechlichen juristischen Wahrheit aus: daß wenn jemand zu verschiedenen, von einander ganz getrennten Erbschaften gerufen ist, (welche also mit einander nichts gemein haben,) er nach Belieben die **eine** derselben annehmen und die andere ausschlagen kann.

Eine Verpflichtung, beide anzunehmen, oder beide auszuschlagen — kann nur entweder durch ein jus singulare geboten seyn, oder die Folge einer juristischen Verbindung und Einheit der beiden Erbschaften, die selbst wieder die Wirkung einer juristischen Thatsache seyn muß; z. B. der, daß einer der Erblasser Erbe des andern geworden ist.

Diese Sätze, angewandt auf die zu beleuchtenden Fälle, werden die Lösung der vorkommenden Fragen sehr erleichtern.

Wir unterscheiden drei Hauptfälle

1) den, wo der Pupill Erbe seines substituirenden Vaters geworden ist, d. h. den Fall, wo der Pupill von seinem Vater zum Erben eingesetzt war und sich des Beneficii abstinendi nicht bedient hatte;

2) den ihm entgegengesetzten, wo der Pupill nicht Erbe des Vaters geworden war, — weil der Vater ihn exheredirt hatte;

3) den zwischen beiden liegenden, wo der Pupill eingesetzt und zwar nach Civilrecht Erbe geworden war, sich aber von der Erbschaft losgesagt hatte.

In wie fern kann in diesen drei Fällen der Substitut, welcher zugleich zum eigenen Erben des Vaters ernannt war,

1) die väterliche Erbschaft annehmen und die des Pupillen ausschlagen? oder

2) die väterliche Erbschaft ausschlagen und die des Pupillen annehmen?

§. 3.

Beleuchtung des erstern Falles in seinem Gegensatz zum zweiten.

Der vom Vater eingesetzte Pupill war sein Erbe cum effectu geworden.

Der zugleich als Erbe des Vaters berufene Pupillarsubstitut will aber nur eine der beiden Erbschaften haben, kann er dieß?

Die verneinende Antwort ist außer allem Zweifel. Der Substitut mag die väterliche Erbschaft erwerben und der pupillarischen sich enthalten wollen oder umgekehrt.

Sie ist theils ausdrücklich in den Quellen enthalten, theils aus allgemeinen Gründen zu vertheidigen. Nahm der

Substitut die väterliche Erbschaft an: so kann er die des Pupillen nicht mehr ausschlagen, denn er hat auch diese bereits mit angenommen. Schlug er sie aus, so kann er die letzte nicht annehmen, denn er hat sie schon ausgeschlagen. Dieß ist den ausdrücklichen Entscheidungen und Vorschriften des römischen Rechts gemäß, wie beweisen

fr. 10. §. 2. 3. D. 28. 6.

§. 2. Filio impuberi heredi ex asse instituto substitutus quis est: *extitit patri filius heres:* an possit substitutus separare hereditates, ut filii habeat, patris non habeat? Non potest, sed aut utriusque debet hereditatem habere, aut neutrius, juncta enim hereditas coepit esse.

§. 3. Idemque est si patre me heredem scripsit ex parte et filium ex parte, et ego patris hereditatem repudiavero, nam neque filii hereditatem habere possum.

Der §. 2. gehört eigentlich nicht hierher, mußte aber wegen des folgenden angeführt werden. In dem darin behandelten Falle war der Pupillarsubstitut nicht (direct) zur Erbschaft des Vaters gerufen, sondern blos zu der des Pupillen, wollte aber in dieser nur das Vermögen des Letztern, der den Vater beerbt hatte, erwerben, nicht auch die vom Vater gekommene Erbmasse übernehmen. Dieß konnte er aber, wie der Jurist sagt, schon deßhalb nicht, weil sie in der Erbschaft des Sohnes sich durch den Erwerb des letzten befand, juncta enim hereditas coepit esse.

In §. 3. wird der Fall angegeben, wo der Pupill und der Pupillarsubstitut vom Vater eingesetzt waren. Der letzte schlug als Erbe des Vaters dessen Erbschaft aus, will aber die des Pupillen haben. Dieß wird für unmöglich erklärt, gewiß aus zwei Gründen; einmal weil der von ihm ausgeschlagene Theil der väterlichen Erbschaft in der des Pupillen (wenigstens theilweise) sich befand, also von dem ausschlagenden auf's Neue nicht angenommen werden konnte, dann weil der Substitut

durch das Ausschlagen jenes die ganze Erbschaft ausschlug, also auch das zu ihr gehörende pupillarische Vermögen: welches, weil eine ausgeschlagene Erbschaft nicht mehr acceptirt werden kann, — auf immer für ihn verloren seyn mußte.

Justinian[1]) hat in c. 20. C. 6. 30., einer seiner fünfzig Entscheidungen, ex professo die ganze Frage für beide Fälle mit einer andern, ihr nahe liegenden, dahin entschieden:

> es müsse der Pupillarsubstitut, wenn er zugleich vom Vater zum Erben eingesetzt und auch der Pupill Erbe des Vaters geworden sey, beide Erbschaften annehmen oder ausschlagen.

Die hierher gehörenden Worte der Stelle sind folgende:

> Simillique modo dubitabatur, si impuberem quis filium suum heredem ex parte instituit et quemdam extraneum in aliam partem, quem pupillariter substituit et postquam testator decesserit, *pupillus quidem patri heres extitit*, extraneus autem hereditatem adiit; et postea adhuc in prima aetate pupillus constitutus ab hac luce substractus est et pupillaris substitutio locum sibi vindicavit, cumque substitutus eamdem partem admittere noluit, quaesitum est, si potest jam heres ex principali testamento factus, pupillarem substitutionem repudiare? Utramque igitur dubitationem simul decidendam esse censemus. Placuit enim nobis, sive in institutione, sive *in pupillari substitutione, ut vel omnia admittantur vel omnia repudientur* et necessitas imponatur heredi particulari facto, vel aliam, aut alias partes hereditatis admittere, vel etiam pupillarem substitutionem.

---

[1]) Justinian hat jedoch den Fall im Auge, wo ein extraneus, d. h. nicht ein anderer suus heres dem Pupillen substituirt war. Daß dieß nicht ohne Grund geschieht, wird unten in §. 5. gezeigt werden.

Ferner gehört das schon angeführte, wie im Anfang bemerkt ist, sehr allgemein lautende fr. 59. D. 29. 2. hierher, welches sagt: „der Pupillarsubstitut, der Erbe des Vaters geworden sey, könne die pupillarische Verlassenschaft nicht von sich weisen;" und dessen Anwendung auf den hier behandelten ersten Fall durchaus unzweifelhaft ist.

Welches ist wohl der Grund, warum die Annahme oder das Ausschlagen der väterlichen Erbschaft nothwendig auch den Erwerb oder den Verlust der Pupillar-Erbschaft in dem hier behandelten Falle zur Folge hat?

Mühlenbruch S. 119. und 429. findet ihn in der Einheit oder Ungetheiltheit der beiden Vermögen, löst aber dadurch das Räthsel noch nicht. Denn man muß weiter fragen: wann ist diese Ungetheiltheit der beiden Vermögen vorhanden?

Wird sie schon durch die Anordnung der Pupillarsubstitution — etwa weil dieselbe immer als ein Theil des väterlichen Testaments gilt, — bewirkt, oder erst durch die Thatsache des Erwerbs (cum effectu) der väterlichen Erbschaft durch den Pupillen?

Die letzte Ansicht, welcher der Verfasser schon 1837 huldigte, soll durch nachstehende Betrachtungen näher begründet werden.

Jeder homo sui juris hat sein eigenes Vermögen, und folglich wenn er stirbt, seine eigene Verlassenschaft: so also auch ein Vater und dessen gewesener Hausſohn [1]), der nach des Vaters Tode homo sui juris wurde.

---

[1]) Daß nach R. R. beide Erbschaften an und für sich nicht als eine angesehen, sondern als zwei behandelt werden, ergiebt sich aus fr. 2. §. 4. D. 28. 6. wo es heißt:

Constat enim *unum* esse testamentum, licet *duae* sint *hereditates*.

Des letzten Vermögen kann einestheils vom Vater kommen, wenn er Erbe des Vaters geworden, anderntheils auf andere Weise, z. B. durch Erbschaft von Verwandten, später ihm erworben worden seyn.

Im letzten Falle hat es mit dem väterlichen nichts gemein und kann sogleich, wenn der Sohn nicht als Erbe des Vaters für dessen Schulden haftet, von den väterlichen Gläubigern in Anspruch genommen werden, z. B. wenn der Sohn sich abstinirt hatte.

fr. 42. §. 2. D. 29. 2.

fr. 28. D. 42. 5. [1])

In der Regel kann nur jeder für sich selbst einen Erben ernennen, nicht aber einem andern. Eine Ausnahme tritt ein, wenn ein Testirer einen unmündigen Sohn in seiner Potestas hat. Hier ist ihm jure singulari gestattet, für diesen so zu testiren, daß, wenn der Sohn vor erreichter Mündigkeit stirbt, der ihm vom Vater gegebene Erbe, d. h. der Pupillarsubstitut, ihm so succedirt, wie ein von ihm eingesetzter Erbe, wenn er selbst testirt hätte, würde succedirt haben, oder wie ohne die errichtete Pupillarsubstitution der Intestater besuccedirt hätte, jedoch unter der Verpflichtung, die ihm als Substituten gültig auferlegten Lasten zu übernehmen.

Durch die Pupillarsubstitution wird der Substitut zunächst Erbe des Pupillen, obgleich ex voluntate et testamento patris [2]). Wäre der Pupill nicht Erbe des Vaters, z. B. weil derselbe von diesem exheredirt gewesen; so bleibt der Substitut

---

[1]) Am Ende der Stelle heißt es hier: neque in bonis patris est, quod pupillus acquisivit.

[2]) fr. 10. §. 5. D. 28. 6.
ad substitutos pupillares pertinent, et si quae postea pupillis obvenerint: neque enim suis bonis pater substituit sed impuberis, quum et exheredato substituere quis possit.

ganz gewiß dem Vater (als Erblasser) fremd, — er ist lediglich heres filii impuberis [1]).

In dem letzten Fall kann der Umstand, daß der Substitut im Testament des Vaters zur Erbschaft des Pupillen berufen wurde, daß er also dem Wohlwollen des Vaters die Erbschaft des Sohnes verdankt, an dem Repräsentations-Verhältniß nichts ändern. Der Substitut repräsentirt in seiner Eigenschaft als solcher lediglich nur den Pupillen, nicht aber den Vater, der ihn (wie wir zunächst voraussetzen) nicht sich — sondern blos dem exheredirten Sohn zum Erben gab. Er ist dem Vater als Erbe fremd. Dieses aus der Substitution hervorgehende Verhältniß wird im Wesentlichen auch nicht verändert, wenn der Vater den Substituten — also den Erben seines exheredirten, in successorischer Hinsicht ihm völlig entfremdeten Sohnes — auch zu seinem eigenen Erben erwählt hat. Der Substitut ist dann zu zwei von einander ganz getrennten Erbschaften gerufen, gerade als wäre er von zwei verschiedenen Testirern eingesetzt worden.

Daß die Berufung in einem und demselben Acte geschah — ist eine juristische Anomalie — ein jus singulare — aus welchem man keine Folgerung herleiten darf, welche den Character des Erbrechts und des in der Natur der Sache liegenden Repräsentations-Verhältnisses ändern würde.

Da nun jeder, der zu zwei von einander getrennten Erbschaften gerufen ist, die eine annehmen und die andere ausschlagen kann, so muß es, nach allgemeinen Grundsätzen, dem auch zur Erbschaft gerufenen Substituten eines exheredirten Pupillen frei stehen, die eine anzunehmen und die andere auszuschlagen.

---

[1]) Deßhalb kann ihn, so wie den Pupillen selbst, (wenn er diesen exheredirt hatte,) der Vater auch nicht mit Legaten beschweren, fr. 126. pr. D. 30. ab exhereditati substituto inutiliter legatur. S. auch fr. 87. §. 7. D. 35. 2.

Kein Rechtsgelehrter würde wohl diese Behauptung in Abrede stellen, wenn wir über den Fall gar keine Entscheidung in den Rechtsquellen hätten.

Es müßte, als dem strengen Rechte der stricti juris ratio gemäß (wie uns dünkt) so entschieden werden.

Sollten Stellen sich finden, welche eine andere Entscheidung enthielten, so müßte man sie als von der Strenge des Rechts abweichende Normen so viel wie möglich beschränkend auslegen, und nur dann eine inelegantia juris annehmen, wenn alle Interpretationsmittel auf das evidenteste darthun sollten: das römische Recht sey hier inconsequent und enthalte eine Singularität, denn nur gegen eine solche gelten keine juristische Raisonnements.

Prüft man nun die Stellen, welche auf den bis jetzt besprochenen Fall zu beziehen sind, so ergiebt sich:

1) daß fr. 41. D. 29. 2.
dem Substituten des exheredirten Pupillen die väterliche Erbschaft auszuschlagen und die Pupillarerbschaft anzunehmen erlaubt: während

2) das in seinem Anfang allgemein gefaßte fr. 59. D. 29. 2. ihm nicht erlaubte, die väterliche Erbschaft anzunehmen und die des Pupillen auszuschlagen.

Und dennoch sollten, nach strengen Rechtsgrundsätzen, beide Fälle auf gleiche Weise behandelt werden, indem nach dem bisher Ausgeführten es gleichgültig ist, welche der beiden von einander getrennten Erbschaften der Substitut annehmen oder nicht annehmen will.

Da das fr. 41. D. 29. 2.
das Ausschlagen der väterlichen Erbschaft und die Annahme der pupillarischen mit Bestimmtheit gestattet, — also das bisher entwickelte Prinzip in einer Anwendung ausdrücklich bestätigt, so kann man billig daran zweifeln, ob unsere Rechtsquellen in der andern Anwendung gerade die entgegengesetzte Entscheidung

— also eine Entscheidung, für die es keine Gründe giebt, — enthalten sollen.

Hätte man auch sonst keine andere Gründe, um fr. 59. beschränkend zu erklären, als den eben angegebenen, — so wäre man schon durch die Betrachtung zu einer beschränkenden Auslegung berechtigt und verpflichtet — daß eine ausgedehntere Interpretation einem Rechtsprincip entgegen seyn würde, von welchem wir in einer Anwendung eine ausdrückliche Bestätigung in fr. 41. besitzen.

Die Behauptung, der vom Vater sich selbst zum Erben eingesetzte Pupillarsubstitut könne zu gleicher Zeit die väterliche Erbschaft annehmen und die des Pupillen in keinem Falle ausschlagen — ist unverträglich mit dem Satze: derselbe könne in einigen Fällen jene ausschlagen und diese annehmen.

Beide sich schnurstracks entgegenlaufenden Entscheidungen sind mit einander unvereinbar, und die dem Prinzip entgegenlaufende verwerflich, es sey denn, diese erschiene als ein ausdrücklich sanctionirtes jus singulare — was deßhalb aber nicht anzunehmen ist, weil fr. 59. nicht ausdrücklich den Fall, von dem hier die Rede ist — d. h. den, wo der Pupill exheredirt war, enthält, sondern blos eine ganz allgemeine Aeußerung, die nicht als Sonderbarkeit, sondern als ein auf Prinzipien sich stützendes, juristisches Raisonnement vorgetragen ist, nemlich die:

> Qui patri heres extitit, si idem filio impuberi substitutus est, non potest hereditatem ejus praetermittere.

Der Jurist scheint hier nur den Fall im Auge gehabt zu haben, daß der Pupill zugleich Erbe des Vaters war [1]) — der auf jeden Fall der gewöhnliche ist.

Man könnte gegen das hier Gesagte einwenden wollen: wer aus einem Testament einen Erbtheil annahm, kann keinen andern daraus ausschlagen.

---

[1]) Dieß soll alsbald specieller nachgewiesen werden.

Allein

1) dieser Satz ist nur wahr, wenn es sich von dem Erben einer und derselben Person handelt — weil er offenbar eine Consequenz der Regel ist, daß ein Erbe auf die ganze Erbschaft berufen wird et concursu partes fiunt, und daß jeder eine Erbschaft so annehmen muß, wie sie ihm deferirt ist.

Allein wenn zwei Erblasser vorhanden sind, deren Nachlässe nichts mit einander gemein haben, kann jene Regel doch wohl nicht angewandt werden.

2) Wollte man sie anwenden, so dürfte man nicht erlauben, daß der Pupillarsubstitut in dem gleichen Falle die väterliche Erbschaft ausschlage und die pupillarische annehme — und doch ist dieß in fr. 41. [1]) ausdrücklich gestattet.

Jener Einwand fällt also als ein zu weiter Grund von selbst zusammen.

Kann doch ein Erbe, dem Vermächtnisse in demselben Testamente hinterlassen sind, — die Erbschaft annehmen und diese ausschlagen, weil die Annahme jener ihn nicht verpflichten kann, auch diese anzunehmen.

Gerade so ist es rücksichtlich der Pupillarsubstitution, welche den Substituten zu etwas beruft, was nicht schon in seiner Einsetzung als Erbe des Vaters enthalten ist.

Obgleich nur ein Testament vorhanden ist, (selbst wenn in tabulis secundis die Pupillarsubstitution angeordnet wurde) so sind es doch zwei von einander getrennte Erbschaften. An und für sich kann unmöglich jemand angesehen werden, als habe er die Erbschaft des Sohnes acceptirt — blos weil er die von ihr ganz getrennte väterliche annahm.

Untersucht man das fr. 59. näher, d. h. sucht man die Entscheidungsgründe des Juristen auf — so wird man von selbst auf eine beschränkende Interpretation seines Anfangs geführt.

---

[1]) Ferner in fr. 27. §. 2 in fine D. 36. 1.

Suchen wir jedoch, bevor wir das thun, uns Rechenschaft abzulegen von den Gründen, durch welche die römischen Juristen und Justinian bestimmt wurden, die Regel aufzustellen: der vom Vater auch sich zum Erben eingesetzte Pupillarsubstitut müsse, wenn der Pupill Erbe des Vaters geworden, **beide** Erbschaften annehmen oder beide ausschlagen.

Diese Regel scheint in unsern Quellen nicht als eine erst durch eine positive Sanction entstandene, sondern als Juristenrecht, folglich als Resultat juristischer Raisonnements; ja die Schulen der Rechtsgelehrten waren über die Richtigkeit derselben getheilter Ansicht — indem Justinian sie in c. 20. C. 6. 30. als Entscheidung einer Streitfrage aufstellt.

Diese Streitfrage war nach dem Eingang der letzten Stelle nicht die: ob in allen Fällen der als Erbe des Vaters berufene Pupillarsubstitut die beiden Erbschaften annehmen, oder ausschlagen müsse; sondern blos die, ob er hiezu gehalten sey, wenn der Pupill wirklich Erbe des Vaters geworden [1]). Es ist also offenbar, daß dieser letzte Umstand bei der ganzen Streitfrage von besonderem Gewichte war, wie denn auch nur für diesen Fall Justinian die angegebene Norm festsetzt. Seine Entscheidung erlaubt uns nicht — die c. 20. C. 6. 30. auf die andern darin nicht entschiedenen Fälle anzuwenden, — sondern nöthigt uns, argumento e contrario diese als von der Entscheidung ausgeschlossen zu behandeln [2]); einmal weil, wie gesagt, die Thatsache, daß der Pupill die väterliche Erbschaft übernommen hatte, der Hauptentscheidungsgrund des Kaisers war, (und wie wir sehen werden,

---

[1]) Nur von diesem Falle spricht c. 20. C. 6. 30.

[2]) Der Verfasser kann unmöglich Mühlenbruch beistimmen, wenn er S. 439. — indem er fr. 59. allgemein anwendet, sagt: in c. 20. C. 6. 30. werde der Grundsatz des Neratius in fr. 59. anerkannt. Dieß ist nach des Unterzeichneten Ansicht allerdings richtig, weil er fr. 59. nur auf den Fall bezieht, wo der Pupill Erbe des Testirers wurde.

seyn mußte), — dann, weil Justinian, hätte er eine Entscheidung auch für die andern Fälle geben wollen, es gewiß bei dieser förmlichen Veranlassung würde gethan haben.

Die rücksichtlich des Pupillarsubstituten entschiedene Streitfrage ist dagegen zugleich mit einer andern ihr eng verbundenen entschieden, nemlich mit der, ob der in verschiedenen Stellen des Testaments zu verschiedenen Portionen derselben Erbschaft berufene Erbe die eine annehmen, die andere aber ausschlagen könne?

Der Kaiser mußte hier sich für die verneinende Ansicht aussprechen: weil, wie wir schon bemerkten, wer einmal bereit ist, Repräsentant des Verstorbenen zu werden, durch die Annahme einer Erbportion — diese Eigenschaft rücksichtlich der übrigen nicht von sich weisen kann, indem er stets als Universalsuccessor, also in omne jus defuncti, berufen ist, — so, daß, wenn alle Miterben ausschlagen, er die ganze Erbschaft haben muß.

fr. 1. 2. fr. 80. pr. §. 1. D. 29. 2.

Ebenso muß derselbe, wenn er zu einer Erbportion pure zu der andern bedingt, oder als Vulgarsubstitut gerufen war, — die zweite haben, wenn er die erste angenommen; denn es fällt ihm beim Eintritt der Bedingung, oder beim Wegfallen des vor ihm Gerufenen die zweite Portion von selbst zu.

fr. 35. pr. D. eod.

fr. 33. fr. 52. §. 1. fr. 53. 76. D. eod.

Offenbar quia in universum jus defuncti succedit, und es unmöglich ist, daß er zugleich Erbe und nicht Erbe — oder ein Erbe partis hereditatis sey gegen den Willen des Testirers.

Es ist also die Ungetheiltheit des Erbrechts der Grund, warum in den oben angeführten Fällen der auf mehrere Portionen derselben Erbschaft Gerufene nicht theilweise annehmen und theilweise ausschlagen kann. Dieser Grund, und er allein, mußte auch in der Streitfrage über die Pupillarsubstitution entscheidend seyn. Sobald auch hier für beide Erbschaften

ein ungetheiltes Erbrecht statthatte, war der Substitut genöthigt, beide Erbschaften, die eigentlich nur in verschiedenen testamentarischen Dispositionen ihm hinterlassene Portionen derselben Erbschaft sind, anzunehmen oder auszuschlagen.

Eine Ungetheiltheit der Erbmasse des Vaters und des eigenen Vermögens des Pupillen — welche ursprünglich zwei ganz getrennte Erbschaften sind — kann nur die Folge einer Vereinigung und Verschmelzung der beiden Vermögen seyn, welche durch einen eigenen Rechtsgrund bewirkt worden seyn muß.

Dieser Rechtsgrund kann nicht in der testamentarischen, die Pupillarsubstitution anordnenden Verfügung gesucht werden — denn diese verbindet, wie oben gezeigt worden ist, die an und für sich getrennten Erbschaften des Vaters und des Sohnes nicht, sondern lediglich nur in der Annahme der väterlichen Erbschaft durch den Pupillen [1]). Dieser wird nun mit dem Verstorbenen eine Person, eine Erbportion, also ein Theil der väterlichen Erbschaft und sein eigenes Vermögen bilden von jetzt nur eine Masse, nur ein Vermögen, und zu diesem einen zugleich väterlichen und zugleich pupillarischen Vermögen ist der Pupillarsubstitut gerufen. Wie würde es möglich, daß er es theilweise annähme und theilweise ausschlüge? Dieß verstieße gegen die so eben entwickelten Grundsätze: denn er ist in aus der durch die Beerbung des Vaters durch den Sohn zu universum jus defuncti gerufen, und dieses jus defuncti wird einer verschmolzenen Erbschaft der beiden gebildet.

Gehen wir nun auf die verschiedenen Hypothesen ein, die rücksichtlich der Entschließung des Pupillarsubstituten vorkommen können. Setzen wir:

---

[1]) Dieß steht ausdrücklich in dem sonst allerdings sehr schwierigen fr. 28. D. 42. 5.

At cum substitutus filio hereditatem adiit, postquam pupillus se paternae immiscuit hereditati, *tunc hereditas* et filii et patris una est.

1) Er hat die väterliche Erbschaft angenommen, will aber die des Pupillen ausschlagen.

Er will also

a) den ihm unbedingt gegebenen Erbtheil aus der väterlichen Erbschaft haben, aber

b) den ihm bedingt, d. h. auf den Todesfall des Sohnes ertheilten nicht. Da dieser durch den Tod des Sohnes — der Substitution wegen — in die väterliche Erbschaft zurückfiel, so muß der Pupillarsubstitut qua Erbe des Vaters ihn schon jure accrescendi erwerben, und wenn ein Miterbe da ist, gleich einem conjunctus allein, weil nur er dazu berufen ist. Oder will man der Substitution wegen den Gedanken an das jus accrescendi verbannen, so muß er qua Substitut ihn haben, weil die Pupillarsubstitution hier gerade wirkt; wie die Vulgarsubstitution, ja diese in sich begreift.

c) Da nun der Pupille nicht intestatus verstorben ist, sondern testatus, und für einen Theil seines Vermögens, nemlich den vom Vater stammenden, einen Testamentserben hat, der sein Successor in universum jus defuncti ist, so muß auch sein sonstiges Vermögen, das mit dem aus der väterlichen Erbschaft stammenden nur eine Erbmasse bildet, dem Substituten nothwendig zufallen.

Es fällt, verbunden mit der ihm gewordenen Erbportion, in die väterliche Erbschaft zurück, wird mit dieser nur eine — und da der Substitut diese annahm, so kann er den vom Pupillen kommenden, ihr integrirenden Theil nicht abweisen.

Ein Raisonnement dieser Art scheint das Ulpians in fr. 59. D. 29. 2. zu seyn.

Wenn er nach der Angabe der Entscheidung im Anfang: Qui patri heres extitit, si idem filio impuberi substitutus est, non potest hereditatem ejus praetermittere — beifügt: quod sic recipiendum est, (etiam) si vivo pupillo mortuus est, deinde pupillus impubes decesserit: nam is, qui heres extitit, pupillo quoque heres necessario erit, nam si ipsum invitum obligat, conjungi eam pa-

ternae hereditati et adcrescendi jure adquirt cuicunque patris heredi, existimandum est, — so sagt er ganz klar, die Erbschaft des Pupillen sey mit der des Vaters eine geworden, und falle schon jure accrescendi jedem zu, der Erbe des Vaters sey [1]).

In welchem Falle kann man aber eine solche Einheit der beiden Vermögen annehmen?

Offenbar nur, wenn der Pupill Erbe des Vaters wurde; denn wenn beide Vermögen getrennt sind, kann doch von einem jus accrescendi nicht die Rede seyn.

Das Vermögen des Pupillen kann nicht in das des Vaters zurückfallen, wenn der Pupill exheredirt war. Es kann auch nur dem zufallen, der als Erbe für ihn berufen war [2]). Wer er immer seyn mag, und wie wir aus fr. 41. D. 29. 2. sehen, auch wenn dieser zur väterlichen Erbschaft gerufen, diese ausschlug, daß im Fall der Pupille des beneficii abstinendi sich bedient, das eigene Vermögen desselben nicht in das väterliche zurückfällt, ergiebt sich aus

fr. 42. pr. D. 29. 2.

worin gesagt wird, daß die Gläubiger des Vaters keine Ansprüche an denselben hätten, selbst wenn der nicht Erbe des Vaters gewordene Pupillarsubstitut es annahm.

---

[1]) Mühlenbruch S. 433—434. faßt den Grund des Juristen daher sehr richtig auf, wenn er sagt: „die Pupillar-Verlassenschaft werde mit der des Vaters als zu einem »Ganzen« verbunden gedacht." Allein dies ist doch offenbar nur möglich, wenn der Pupill Erbe des Vaters geworden; gewiß aber nicht, wenn er exheredirt war.

[2]) Jedoch nur dem im Testamente eingesetzten — und zwar nur so lange, als die Substitution nicht, aus was immer für Gründen, erlischt. Ist das letzte der Fall, so fällt das Vermögen des Pupillen an dessen Intestaterben, weil die Verbindung beider Vermögen nicht mehr Statt hat.

Mühlenbruch S. 435. sagt wohl deßhalb: es könne nur an solche zurückfallen, die auch dem Sohn pupillariter substituirt sind. Die Endworte der Stelle sind daher nicht so allgemein zu verstehen, wie sie zu lauten scheinen.

Es bleibt also durchaus nur der Fall übrig, um an ein jus accrescendi zu Gunsten des Erben des Vaters zu denken, in welchem der Pupill wirklich Erbe des Vaters geworden ist, d. h. von diesem nicht exheredirt war und sich des beneficii abstinendi nicht bedient hatte. Denn nur in diesem Falle kann jene Ungetheiltheit der beiden Erbschaften angenommen werden [1]), die wir (mit Mühlenbruch S. 419. u. 429.) für den Grund der Entscheidung des Neratius in fr. 59. und Justinian's in c. 20. C. 6. 30. angenommen haben, die dahin geht: der Pupillarsubstitut, welcher Erbe des Vaters geworden, könne die Erbschaft des Pupillen nicht ausschlagen, vorausgesetzt nemlich, daß auch dieser wirklich Erbe des Vaters sey.

Durch diese Raisonnements scheint uns die beschränkende Auslegung des fr. 59. gerechtfertigt.

2) Eine zweite Hypothese wäre die: der Pupillarsubstitut hat die Pupillarerbschaft schon angenommen, will aber die väterliche, die der Pupill erworben hatte, von sich weisen; kann er dieses?

Die verneinende Antwort unterliegt keinem Zweifel und ist schon in fr. 10. §. 2., das oben angeführt worden, enthalten. Er hat durch die Annahme des Nachlasses des Pupillen den väterlichen (ganz oder theilweise, je nachdem der Pupill heres ex asse oder ex parte war) mit erworben; denn er findet sich im Nachlaß des Pupillen, juncta enim hereditas coepit esse.

Kann ein Pupillarsubstitut, den der Vater sich selbst nicht zum Erben berief, keine Trennung des Vermögens vornehmen (separare hereditates, wie fr. 10. §. 2. D. 28. 6. bemerkt), so kann dies der zur väterlichen Erbschaft berufene gewiß auch nicht. Denn der von ihm ausgeschlagene Theil der letzten fiele durch

---

[1]) Dieser Ansicht huldigt schon die Glosse ad l. 59. D. 29. 2. und Papillon in Ottonis Thesaurus IV. pag. 751. S. Mühlenbruch S. 436.

das Ausschlagen in die von ihm acceptirte Erbschaft des Pupillen, und in dieser findet keine Trennung Statt, weil dessen Erbe in universum jus pupilli defuncti gerufen ist und nach fr. 2. D. 29. 2. nicht einige Theile annehmen und die andern ausschlagen kann.

Auch hier ist offenbar die Ungetheiltheit, ja die Einheit der beiden Vermögen der Grund, warum der Substitut beide annehmen muß — und diese Einheit ist blos durch den Erwerb der väterlichen Erbschaft von Seiten des Pupillen bewirkt worden.

3) Der Substitut schlägt die väterliche Erbschaft aus, will aber die des Pupillen, der Erbe des Vaters geworden ist, annehmen.

Daß dieß nicht geschehen könne, sagt das schon angeführte fr. 10. §. 3. D. 28. 6. ausdrücklich:

> Idemque est si pater me heredem scripserit ex parte et filium ex parte et ego patris hereditatem repudiavero, nam neque filii hereditatem habere possum.

Daß hier von einem Sohne die Rede ist, der Erbe des Vaters geworden war, ergiebt sich theils aus der Verbindung dieses §. 3. mit dem vorhergehenden §. 2., theils daraus, daß aus andern Stellen [1]) unbezweifelt erhellt, es könne der Pupillarsubstitut die väterliche Erbschaft ausschlagen und die des Pupillen annehmen, wenn dieser nicht Erbe des Vaters sey.

Diese Entscheidung (womit Justinian's Prinzip in c. 20. C. 6. 30. übereinstimmt) ist den strengsten Rechtsprinzipien gemäß [2]). Der Pupill hat durch die Ausschlagung des väterlichen Nachlasses alles, was dazu gehört, oder noch dazu gehören kann, ausgeschlagen — folglich auch die des Pupillen —

---

[1]) fr. 40. D. 29. 2.

[2]) Es heißt am Ende der c. 20. C. 6. 30.

> Placuit nobis — ut vel omnia omittantur, vel omnia repudientur.

welche durch seinen vor erlangter Mündigkeit erfolgten Tod in jene Masse zurückfiel [1]). Dazu gehört das eigene Vermögen des Pupillen, welches mit dem vom Vater kommenden nur eines ausmachte, das ein Theil des väterlichen Erbtheils quasi jure accrescendi ist. — Es ist also abermals die durch den Antritt des Pupillen bewirkte Einheit und Ungleichheit der beiden Erbschaften der Entscheidungsgrund auch in dieser Hypothese.

4) Die noch übrige vierte ist folgende: der Pupillarsubstitut schlägt die Erbschaft des Pupillen aus, will aber die des Vaters erwerben; — kann er dieß?

Nach c. 20. C. 6. 30. ist das Ausschlagen der letzten mit der Annahme der ersten nicht verträglich. Gilt jenes nun für eine Zurückweisung der ganzen Erbschaft, so daß die spätere Annahme des väterlichen Nachlasses dadurch unmöglich wird [2])?

Wir möchten dies nicht sagen.

---

[1]) Auch wenn der Rückfall nach des Vaters Tod Statt hatte, muß dieß gelten: denn die pupillarische Verlassenschaft wird ein integrirender Theil der vom Pupillarsubstituten ausgeschlagenen väterlichen Erbschaft.

Es ist eine Art von Fiction vorhanden: als wäre der Pupill vor dem Tode des Vaters gestorben, folglich alles, was ihnen angefallen war, schon bei seinem Tode im väterlichen Vermögen gewesen.

[2]) Ueber die Wirkungen einer theilweisen Ausschlagung einer Erbschaft sind unsere Rechtsgelehrten bekanntlich nicht einig. Mühlenbruch nimmt sie mit Donellus für ein Zurückweisen der ganzen Erbschaft. Allein dieß ist unlogisch; denn es ist gewiß (nach l. 10. D. 29. 2.) daß, qui destinaverit partem habere hereditatis, videtur in assem pro hereditate gessisse.

In der Regel enthält doch wohl die Erklärung: man wolle einen Theil der Erbschaft, nicht stillschweigend die, man wolle den andern — also ein destinare — partem hereditatis habere. Es muß also das pro herede gerere für das Ganze genommen werden.

Es sind hier zwei Fälle möglich:

a) Der Substitut weiß, daß er auch als Erbe des Vaters gerufen ist, und erklärt: er wolle blos die Pupillarerbschaft ausschlagen. In diesem Falle nimmt er die väterliche an, und da eine theilweise Annahme für eine Annahme der ganzen Erbschaft gilt, so ist er auch als Erbe des Pupillen zu behandeln.

arg. fr. 10. fr. 51. §. 1. D. 29. 2.

b) Er weiß nicht, daß er auch als Erbe des Vaters gerufen ist — schlägt also bloß die Erbschaft des Pupillen aus; in diesem Falle, wo er eigentlich nicht wußte, was ihm deferirt ist [1]), hat dies Ausschlagen noch keine Wirkung.

Er muß nach erhobener Kunde von seiner Einsetzung als Erbe seinen Willen erklären — und dann entweder das Ganze annehmen oder das Ganze ausschlagen.

Ein theilweises Ausschlagen wird nach den angeführten Stellen nichts bewirken. Er bleibt Erbe für die beiden Erbschaften.

§. 4.

Nähere Beleuchtung des zweiten Falles.

Der Pupill war vom Vater (nehmen wir an bona mente) erheredirt und der Erbe des Vaters ihm als Pupillarsubstitut gegeben worden. Kann dieser eine der beiden Verlassenschaften ausschlagen und die andere annehmen?

1) Ueber die Frage: ob er die pupillarische Erbschaft ausschlagen könne, wenn er die väterliche angenommen, haben wir keine eigene Entscheidung. Daß das fr. 59. D. 29. 1. nicht auf diesen Fall bezogen werden dürfe, ist in §. 3. ausführlich zu zeigen versucht worden.

---

[1]) fr. 23. D. 29. 2.
In repudianda hereditate vel legato certus esse debet de suo jure is, qui repudiat.

Nach allgemeinen Grundsätzen muß behauptet werden: daß, weil die Einheit und Ungetheiltheit des väterlichen und des pupillarischen Nachlasses der Exheredation des Pupillen wegen nicht besteht, sondern der Substitut zu zwei von einander ganz getrennten Erbschaften gerufen ist, es ihm frei stehen müsse, die eine, folglich auch die väterliche Erbschaft anzunehmen und die andere auszuschlagen. Man kann hier nicht, wie in fr. 59. steht, sagen: ipsum invitum obligat und conjungi eam (die pupillarische Verlassenschaft) paternae hereditati et adcrescendi jure acquiri patris heredi existimandum est.

Ein jus accrescendi ist hier als Folge der Annahme der väterlichen Erbschaft gar nicht denkbar; es könnte nur kraft einer singulären Vorschrift stattfinden; allein eine solche enthält fr. 59. offenbar nicht, indem in der Stelle der Jurist nach allgemeinen Grundsätzen raisonnirt, wie in §. 3. weiter entwickelt worden ist.

Ein weiterer Grund für die Bejahung unserer Frage ist aus der (auch von den Gegnern unserer Ansicht aus fr. 41. D. 4. 2. vertheidigten) Bejahung der Frage: ob der Substitut, welcher die väterliche Erbschaft ausschlug, die pupillarische annehmen könne — herzuleiten als ex pari ratione.

Denn wenn der Substitut durch jenes Ausschlagen der väterlichen Erbschaft rechtlich nicht verhindert ist, die des Pupillen anzunehmen, so liegt der Grund nur darin, daß durch jenes Ausschlagen diese nicht mit ausgeschlagen ist, und dies kann sie nur seyn, weil sie nicht als ein integrirender Theil der väterlichen Erbschaft angesehen wird. Ist sie aber kein integrirender Theil jener, so kann sie auch durch die Annahme derselben nicht als acceptirt betrachtet werden, und deßhalb muß dem Substituten, ob er gleich die väterliche Erbschaft annahm, dennoch gestattet seyn, die des exheredirten Pupillen, als den Nachlaß eines ganz andern Erblassers, auszuschlagen.

2) Die zweite Frage: ob der Substitut, wenn er die väterliche Erbschaft ausschlug, die des Pupillen noch annehmen könne,

iſt in fr. 41. D. 19. 2. behandelt, und die Entſcheidung für den darin angenommenen Fall bejahend. Es fragt ſich nun, ob derſelbe auch auf andere Fälle angewendet werden kann.

Julian ſagt in der Stelle:

> Filius qui se paternae hereditati abstinuit, si exhereditati fratris hereditati se immiscuit et pro herede gesserit, poterit ex substitutione hereditatem obtinere.

Der Pupillarſubſtitut war alſo ein Hausſohn — der Bruder des exheredirten Pupillen — alſo ein suus heres, hatte ſich aber des beneficii abstinendi bedient und von der väterlichen Erbſchaft losgeſagt; dagegen pro herede gerendo die ſeines Bruders, dem er ſubſtituirt war, angenommen.

Der Erwerb dieſes Nachlaſſes wird ihm zugeſprochen.

Würde, ſo kann man fragen, Julian eben ſo entſchieden haben, wenn der Subſtitut ein Extraneus geweſen wäre? Liegt nicht vielleicht der Entſcheidungsgrund darin, daß der Subſtitut suus heres war, und nach Civilrecht als wirklicher Erbe des Vaters galt, ſo daß ihm die Erbſchaft des Bruders nur deßhalb zugeſprochen wird, weil er Erbe des Vaters war und folglich auch Erbe zu der Erbſchaft des Pupillen iſt? Eine Eigenſchaft als suus heres iſt ja auch der Grund, warum trotz ſeiner Verſchmähung der väterlichen Erbſchaft das Teſtament kein deſtituirtes wurde und die Pupillarſubſtitution nicht zerfiel.

Gewiß iſt es: wäre vom Vater ein Extraneus allein zum Erben eingeſetzt geweſen und hätte dieſer ausgeſchlagen, ſo wäre das Teſtament ein destitutum und die Pupillarſubſtitution, ja ſelbſt die Exheredation des Pupillen nichtig geworden, und er würde daher als Inteſtaterbe ſeinem Vater ſuccedirt haben.

Dieß finden wir ausdrücklich in

fr. 10. §. 4. D. 28. 6.

> Si ex asse heres institutus filio exheredato substitutus repudiaverit patris hereditatem, cum non haberet substitutum,

non poterit filii adire: nec enim valet filii testamentum, nisi fuerit patris adita hereditas. Nec enim sufficit ad secundarum tabularum vim, sic esse factum testamentum, ut ex eo adiri hereditas possit.

Der hier angegebene Einwand gegen eine weitere Ausdehnung der Entscheidung Julian's in fr. 41. scheint uns nicht unerheblich — jedoch widerlegbar.

Was

a) den zuletzt berührten Punkt betrifft, so ist er für die Hauptfrage gleichgültig. Julian mußte nothwendig das Beispiel eines suus heres als Pupillarsubstituten des exheredirten Bruders wählen, wenn er nicht außerdem noch einen Erben des Vaters annehmen wollte, um einen Fall zu haben, worin die Verschmähung der väterlichen Erbschaft das Testament nicht zu einem destituirten machte und folglich die Pupillarsubstitution vernichtete.

Also das Beispiel, d. h. die Hypothese: der Substitut sey suus heres gewesen, braucht nicht nothwendig für die ratio decidendi gehalten zu werden.

Man kann für möglich halten, Julian würde, falls er einen Extraneus als Pupillarsubstituten angenommen und außerdem noch einen andern Erben des Vaters vorausgesetzt hätte, dennoch entschieden haben: der die väterliche Erbschaft ausschlagende Pupillarsubstitut sey berechtigt, die Pupillarverlassenschaft pro herede gerendo zu erwerben.

b) Dagegen läßt sich fragen: ob die ratio decidendi Julian's nicht die vorhin bemerkte juristische Thatsache ist: daß der Substitut, weil er suus heres des Testirers ist, trotz des Abstinirens von der letzten Erbschaft, dennoch jure civili für dessen Erben gilt.

Wir sind nicht geneigt, dieß anzunehmen, sondern den Entscheidungsgrund lediglich darin zu setzen:

daß in Folge der Exheredation des Pupillen dessen und des Vaters Nachlaß durchaus als getrennte Erbschaften

erscheinen, deren eine ohne die andere angenommen oder ausgeschlagen werden kann.

Daß dieselben getrennt sind, erweist sich schon daraus, daß den Gläubigern des Vaters eben so wenig ein Anspruch auf das pupillarische Vermögen gestattet werden kann, als nach fr. 42. pr. D. 29. 2. sie einen haben, wenn der Pupill zwar vom Vater zum Erben ernannt war, aber durch das beneficium abstinendi sich von der väterlichen Erbschaft losgesagt hatte.

Wäre der Pupillarsubstitut auch ein extraneus heres gewesen, so würde er, wenn er die väterliche Erbschaft förmlich repudiirt gehabt hätte, dennoch die des Pupillen haben annehmen können.

Ein directer Beweis für die Behauptung, daß auch der extraneus heres, der die väterliche Erbschaft ausschlug (im Falle ein anderer Erbe antrat), dennoch als Pupillarsubstitut succediren könne, findet sich in fr. 40. D. 29. 2., wo es am Ende heißt:

> Si ex parte (fuerit institutus in testamento patris) poterit sine metu remota patris successione impuberis hereditatem amplecti.

Diese Entscheidung (von der sogleich noch einmal die Rede seyn wird) kann nicht für den Fall gelten, wo der Pupill Erbe des Vaters geworden, wegen c. 20. C. 6. 30. darf also nur auf Fälle angewendet werden, wo dies nicht der Fall war [1]), also ganz gewiß auf den hier behandelten, wo der Pupill vom Vater exheredirt war.

Uebereinstimmend ist das Ende des fr. 29. §. 2. D. 36. 1., wovon unten in §. 6. mehr die Rede seyn wird; und damit dürfte der in diesem Paragraphen behandelte zweite Fall genugsam beleuchtet seyn.

---

[1]) Dieß nehmen auch Mühlenbruch a. a. O. und v. Vangerow S. 183. an.

§. 5.

Dritter Fall.

Der vom Vater zum Erben eingesetzte Unmündige hat abstinirt; der Pupillarsubstitut die väterliche Erbschaft gleichfalls verschmäht, will aber den eigenen Nachlaß des Pupillen annehmen; — kann er dieß?

Oder, er will blos den Nachlaß des Vaters, nicht aber den des Pupillen haben; — ist dieß möglich?

Die Rechtsgelehrten, deren Ansichten hier einer Prüfung unterworfen werden, bejahen die erste, verneinen aber die letzte Frage.

Sie erklären

1) der Pupillarsubstitut könne die väterliche Erbschaft ausschlagen und die des Pupillen annehmen, und führen als Beweis der Richtigkeit ihrer Behauptung an:

fr. 40. D. 29. 2.

fr. 27. §. 2 in fine D. 36. 1.

fr. 12. pr. D. 28. 6. [1])

Die Entscheidung Justinian's in c. 20. C. 6. 30. finden sie nicht entgegenstehend, weil ja Justinian nur von dem Falle spricht, wo der Pupill wirklich Erbe des Vaters (cum effectu) geworden.

Ein argumentum ab analogo führen sie aus dem von ihnen für die zweite Frage angewandten fr. 59. D. 29. 2. für das Gegentheil auch nicht an.

Zugegeben wird von v. Bangerow (S. 183.), daß die drei angeführten Stellen dem Anscheine nach freilich allgemein lauten, d. h. nicht den hier besprochenen Fall, wo der Pupill abstinirt habe, im Auge haben, sondern überhaupt nur dem Substituten gestatten, die Erbschaft des Vaters auszuschlagen und die des Pupillen anzunehmen.

---

[1]) v. Bangerow S. 185.

2) Wenn dagegen der Substitut die väterliche Erbschaft annehme, so falle ihm, trotz des ausgeübten beneficii abstinendi, die des Pupillen auch zu, so daß er diese nicht ausschlagen könne, und zwar wegen der allgemeinen Fassung des fr. 59. D. 29. 2. Mit Recht kann man hier wieder fragen: warum diese entgegengesetzten Entscheidungen?

Warum gilt, wenn der Pupill cum effectu Erbe des Vaters geworden, für beide Fragen nicht die gleiche Antwort? nemlich die, wenn der Substitut die eine Erbschaft annahm, so kann er die andere nicht ausschlagen, müßte also beide antreten oder beide ausschlagen; wenn er abstinirt hatte, soll dem Substituten zwar erlaubt seyn, die väterliche Erbschaft auszuschlagen und die pupillarische anzunehmen — nicht aber das Umgekehrte? Untersuchen wir zuerst, ob wir eine bestimmte Entscheidung der Frage haben: ob der Substitut in dem schon vorausgesetzten Falle die väterliche Erbschaft ausschlagen und die des Pupillen annehmen könne?

Es lassen sich hier sogleich zwei verschiedene Substitutionsfälle denken, nemlich:

1) der, wo der Pupillarsubstitut ein *Extraneus* ist und die väterliche Erbschaft, z. B. durch ein Repudiare, von sich stieß;

2) der, wo derselbe ein suus heres des Testirers ist, und folglich gleich dem Bruder, dem er als Miterbe und Substitut beigegeben war, abstinirte.

Unter den angeführten Stellen beziehen sich

fr. 27. §. 2. D. 36. 1.

auf den ersten Fall,

fr. 12. pr. D. 28. 6.

auf den zweiten; nur ist es in beiden zweifelhaft und sehr bestritten, ob der Pupill, welchem der Bruder zum Substituten gegeben war, abstinirt hatte oder nicht [1])?

[1]) Ja sogar ob er nicht exheredirt gewesen?

Was fr. 40. D. 29. 2. betrifft, so ist aus den Worten desselben nicht klar zu entnehmen: ob der Substitut ein suus heres des Vaters oder ein extraneus war, das letztere jedoch wohl die richtige Voraussetzung. Die angenommene Fassung ließe übrigens zu, die Entscheidung der Stelle auf beide Fälle zu beziehen, wenn der zweite Fall nicht schon der Natur der Sache nach anders zu beurtheilen wäre. Zweifelhaft ist es gleichfalls, ob der Verfasser der Stelle (Ulpian) einen abstinirenden Pupillen, vielleicht sogar einen exheredirten, im Sinne hatte, oder einen annehmenden, oder endlich einen, der sich noch gar nicht erklärt hatte.

Die drei Stellen sind also nicht so bestimmt und genau, daß sie ohne das Herbeiziehen der allgemeinen Rechtsgrundsätze auf eine Weise erklärt werden können, die über die hier zu lösende Frage zu einem sicheren Resultat führen würde. Prüfen wir jeden der beiden Hauptfälle:

I. Der Pupillarsubstitut ist ein *Extraneus*.

Geht man hier, wie man muß, von dem anerkannten und in fr. 10. §. 3. D. 28. 6. ausdrücklich ausgesprochenen Grundsatze aus: daß der heres extraneus, welcher die väterliche Erbschaft ausschlug, den Nachlaß des zugleich dem Vater zum Erben eingesetzten Pupillen (der nicht abstinirte) nicht erben kann [1]), so muß man nothwendig annehmen, daß der Jurist in fr. 27. §. 2. D. 36. 1., wo er am Ende sagt: quia potest (nemlich der ex parte institutus extraneus) quamvis patris omiserit [2]) hereditatem ex substitutione adire, einen Fall

---

[1]) Wir wiederholen den oben angeführten Text des Fragments:

Si pater me heredem scripsit ex parte et filium ex parte, et ego patris hereditatem repudiavero, neque filii hereditatem habere possum.

Der Ego — im Gegensatz des filius — ist ein heres extraneus.

[2]) Auch der Extraneus kann omittere hereditatem, d. h. nicht förmlich, jedoch gewiß, ausschlagen.

im Auge hatte, in welchem der Pupill nicht Erbe des Vaters geworden war; also entweder den Fall der Exheredation des Pupillen, oder den, wo dieser abstinirte, oder beide zugleich, also auf jeden Fall den letzten.

Will man dieß nicht, so ist man genöthigt, zwischen fr. 10 §. 3. und fr. 27. §. 2. D. 36. 1. eine nicht wohl zu lösende Antinomie anzunehmen. Das fr. 40. D. 29. 2., welches gleichfalls von einem Fall verstanden werden muß, wo der Pupill Erbe des Vaters cum effectu nicht wurde, und das, wie gesagt, sehr allgemein spricht, bestätigt die im fr. 27. §. 2. enthaltene Entscheidung auf das Deutlichste, und würde gleichfalls mit dem fr. 10. §. 3. in directem Widerspruch stehen, wenn man annehmen wollte, es sey darin von einem Pupillen die Rede, der Erbe des Vaters geworden und geblieben.

> Quaesitum est an licet, quis paternae hereditatis nihil attingat, aliquid tamen propter patris voluntatem habeat, vel faciat, an creditoribus paternis cogatur respondere? utputa si impuberi fuerit substitutus: in qua specie Julianus libro 26. Digestorum scripsit, incidere eum in Edictum, si se immiscuerit impuberis hereditati, nam qui judicium parentis oppugnaverit, non debet, ex eadem hereditate, quidquam consequi. Sed Marcellus eleganter distinguit: multum interesse, utrum ex asse fuerit, institutus in patris testamento, an ex parte: *ut si ex parte, potuerit sine metu remota patris successione impuberis hereditatem amplecti.*

II. Der Pupillarsubstitut ist ein suus heres des Testirers. Nach den ausdrücklichen Bestimmungen des römischen Rechts ist derselbe deßhalb auch suus und nach Civilrecht necessarius heres des Pupillen (seines Bruders).

fr. 2. §. 4. D. 28. 6.

> „Constat enim unum esse testamentum, licet duae sint hereditates: usque adeo, ut, quos quis sibi facit necessarios, eosdem et filio faciat, et posthumum suum filio impuberi possit quis substituere.

fr. 10. §. 1. D. eod.

fr. 42 in f. D. 29. 2.

Allein genießt er nun auch ein doppeltes beneficium abstinendi, nemlich eines rücksichtlich der Erbschaft des Vaters und eines rücksichtlich der des Bruders?

Dieser Umstand muß nothwendig auf die Entscheidung der hier uns beschäftigenden Frage einen Einfluß haben. Denn diese ist jetzt so zu stellen: muß der Pupillarsubstitut, wenn er von seiner Rechtswohlthat rücksichtlich der väterlichen Erbschaft Gebrauch macht, auch rücksichtlich der des Pupillen es thun, oder steht ihm frei, nur rücksichtlich einer der beiden Erbschaften es auszuüben — also (um hier nur eine Hypothese zu berühren) so, daß er sich von der väterlichen Erbschaft lossagen, die des Bruders aber behalten kann? Diese Frage kann nicht blos für den Fall, wo der Pupille selbst abstinirt hatte, erhoben werden, sondern auch für den, wo dieser Erbe bleibt; und ist also hier nicht dieselbe mit der oben behandelten: ob der als Pupillarsubstitut eingesetzte Extraneus, welcher die väterliche Erbschaft ausgeschlagen, dennoch die des Pupillen, der Erbe des Vaters geworden, annehmen könne. Denn so oft der Substitut suus heres ist, greifen singuläre Rechtsgrundsätze Platz, die auf dem ihm zustehenden beneficium abstinendi beruhen. Ist dieses beneficium in zweifacher Hinsicht dem Pupillarsubstituten — als doppelter suus — zuständig, jedoch so, daß es von ihm nach Belieben nur rücksichtlich einer der beiden Erbschaften geübt zu werden braucht, so hatten die römischen Juristen, wenn sie diese Frage behandelten, nicht nöthig, den Fall des Abstinirens des Pupillen besonders zu behandeln; sondern nur die Frage: ob der Substitut, welcher als suus heres des Vaters abstinirt hatte, die Erbschaft des Pupillen (seines Bruders) behalten könne? denn konnte der Substitut schon im Falle, wo der Pupille nicht abstinirt hatte, sich von der väterlichen Erbschaft lossagen und die des Pupillen behalten, so war er gewiß auch in dem

Falle dazu ermächtigt, wo der letzte abſtinirt hatte, und a fortiori, wo er exheredirt war.

Auf dieſe Weiſe iſt dann auch die höchſt ſchwierige, ſo verſchiedenartig erklärte Stelle Papinian's in fr. 12. pr. D. 28. 6., worüber neueſtens ſo viel geſchrieben wurde, leicht zu erklären [1]). Sie iſt hier genau zu prüfen.

> Si filius qui patri ac postea fratri ex secundis tabulis heres extitit, hereditatem patris recuset, fraternam autem retinere malit, audiri debet. Justius enim Praetorem facturum existimo, si fratri separationem bonorum patris concesserit: etenim jus dicenti propositum est, liberos oneribus *hereditariis non sponte susceptis liberare, non invitos ab hereditate removere*, praesertim, quod remotis tabulis secundis, legitimam haberet fratris hereditatem. Itaque legata duntaxat ex secundis tabulis praestari debent: habita ratione facultatum in Falcidia non patris ut alias, sed impuberis.

v. Vangerow führt S. 183. dies Fragment als eine der Beweisſtellen für den Satz an: daß der Pupillarſubſtitut, und zwar ſowohl der extraneus, als der suus, wenn der Pupill exheredirt iſt, oder abſtinirt hat, obwohl er die Erbſchaft des Vaters ausgeſchlagen, noch immer die des Kindes an ſich ziehen könne, will die Stelle deßhalb auf jene Fälle beſchränkt wiſſen, alſo nicht auch von dem Falle verſtehen, wo der Pupill Erbe des Vaters wurde und nicht abſtinirte. v. Löhr dagegen erklärt das Fr. S. 334—336. von dem Falle, wo der Pupill, der *suis heres* des Vaters war, ſtarb, ohne daß er abſtinirt, jedoch auch ohne daß er ſich in die väterliche Erbſchaft immiſcirt hatte, und verwirft (gewiß mit Recht)

---

[1]) S. des Verfaſſers Aufſatz in Roßhirt's Zeitſchrift II. S. 7—9. v. Löhr im Archiv für civil. Praxis XXII. II. S. 334. Mühlenbruch S. 445. C. Hofmann in den Sell'ſchen Jahrbüchern I. S. 372.

Dieſe Gründe beſtimmen nun Papinian, dem Beneficium abstinendi die ausgedehnte Anwendung beizulegen, welche die gewöhnlichen Grundſätze über die Folgen des Ausſchlagens einer Erbſchaft (oder eines Erbtheils) weſentlich modificirt, nach welchem alles, was aus derſelben Erbſchaft dem einen Erbtheil Ausſchlagenden titulo hereditario hinterlaſſen iſt, in der Regel verloren geht, alſo nicht mehr von ihm acquirirt werden kann, nach fr. 10. §. 3. alſo auch nicht die Pupillarerbſchaft des eingeſetzt geweſenen Pupillen.

Es werden nemlich durch die angeführte einſeitige Ausübung des Beneficii abstinendi das jus accrescendi und deſſen Folgen gehindert, ſo zwar, daß die väterliche Erbſchaft ab intestato (einem bonorum possessor) deferirt wird [1]) — während die des Pupillen, als teſtamentariſche, dem Subſtituten verbleibt, der deshalb auch (wie am Ende der Stelle ausdrücklich geſagt wird) die Legata zu entrichten hat, die in secundis tabulis ausgeſetzt ſind.

2) Muß man, wie Mühlenbruch S. 445 e. ſehr richtig annimmt, auch den Schluß gelten laſſen [2]): es ſtehe dem Subſtituten (der suus heres ſeines Vaters iſt und ſeines Bruders) auch das Recht zu, die väterliche Erbſchaft anzunehmen und die des Bruders auszuſchlagen, obgleich (wie wir hinzu ſetzen müſſen) der Pupill Erbe des Vaters geworden war; denn Papinian's Grund: jus dicenti propositum est liberos oneribus hereditariis non sponte susceptis liberare, non invitos ab hereditate removere, findet auch hier ſeine volle Anwendung.

---

[1]) Es wird wohl, da ſie gewiß verſchuldet iſt, niemand ſie annehmen, und deßhalb von den Gläubigern eine proscriptio bonorum verlangt werden.

arg. fr. 28. D. 42. 5.

[2]) Dies will v. Löhr S. 338. durchaus nicht für den Fall, wo der Pupill Erbe des Vaters blieb. Gründe für ſeine Behauptung giebt er keine an.

Auch sind wir zu diesem Schluß durch die Fassung der c. 20. C. 6. 30. berechtigt, wo Justinian ausdrücklich nur von dem Falle spricht, si impuberem quis filium suum heredem ex parte instituit et quendam *extraneum* in aliam partem, quem pupillariter substituit.

3) Obgleich also durch den Erwerb der väterlichen Erbschaft durch den eingesetzten Pupillen als suus heres, eine confusio bonorum des Vaters und des Seinigen Statt hatte, so bewirkt die nur theilweise Ausübung des Beneficii abstinendi durch den Pupillarsubstituten (und doppelten suus heres) dennoch eine Separatio bonorum, wie das Fragment ausdrücklich sagt, also eine wahre juristische Abnormität.

Aus diesem allem ergiebt sich, daß das fr. 12. pr. D. 28. 6. als Beweisstelle für den in diesem Paragraphen behandelten Fall I. nicht angeführt werden darf, und eben so wenig für den zweiten, in §. 4. behandelten Hauptfall des exheredirten Pupillen [1]); kurz, daß sie für beide Fragen, so fern es sich von einem extraneus heres des Vaters, der auch zum Pupillarsubstituten von ihm ernannt wurde, handelt, gar keine Beweisstelle ist.

Am richtigsten ist in dieser Hinsicht diese Stelle von C. Hoffmann aufgefaßt worden, der S. 376. die Verbindlichkeit des Substituten zur Zahlung der Legata mit Recht nicht für eine Abnormität erklärt, sondern die in derselben aufgestellte Regel für eine dem Substituten doppelt günstige Folge — seines zweifachen Beneficii abstinendi — und nur dieß als eine Abweichung von der Regel ansieht, die bei einem Extraneus Statt hat, nemlich der Regel: daß dessen Ausschlagen der väterlichen Erbschaft in dem vorliegenden Fall den Verlust der pupillarischen Erbschaft nach sich ziehen würde [2]).

---

[1]) Für beides führt, wie schon bemerkt worden, v. Wangerow dieß Fragment an.

[2]) Ebenso dessen Annahme der väterlichen die der pupillarischen, nach c. 20. C. 6. 30.

Die weitere Frage: ob der suus heres und zugleich Pupillarsubstitut die väterliche Erbschaft ausschlagen und die pupillarische annehmen könne, wenn der Pupill selbst abstinirt hätte, ist ohne Zweifel argumento a fortiori zu bejahen, wie die, ob er es könne, wenn der Pupill exheredirt war, welche letzte Frage, wie wir sahen (§. 4.), ausdrücklich bejaht ist in dem schon erklärten fr. 40. D. 29. 2. [1])

Es kann nämlich keinem Zweifel unterliegen, daß, weil schon der Extraneus, wenn er vom Vater zum Erben eingesetzt und einem exheredirten oder abstinirenden Pupillen substituirt ist, die väterliche Erbschaft auszuschlagen und die des Pupillen anzunehmen berechtigt ist, da er durch das doppelte Beneficium abstinendi noch besonders dazu privilegirt ist, selbst in dem Falle, in welchem dem extraneus heres dieß nicht erlaubt seyn würde, nemlich wenn der Pupill Erbe des Vaters geworden war.

Die zuletzt aufgeführte Frage II. kann also auf keine Weise als eine bestrittene angesehen werden.

§. 7.

Die Resultate der bisherigen Erörterungen sind nun folgende:

Hat ein Testirer den sich eingesetzten Erben seinem unmündigen Sohne pupillariter substituirt, so unterscheide man

I. Ob der so eingesetzte Pupillarsubstitut ein Extraneus ist, oder ein suus heres des Testirers, z. B. ein Hausſohn.

Im ersten Falle unterscheide man weiter, ob:

A. auch der Pupille vom Testirer sich zum Erben eingesetzt ist, und ob derselbe durch das Beneficium abstinendi sich nicht von der väterlichen Erbschaft losgesagt hat.

---

[1]) Dieß giebt auch v. Löhr S. 338. zu, und in diesem Sinne führte der Verfasser ein arg. aus derselben in seiner Abhandlung von 1837 S. 7. an.

In diesem Falle muß der Substitut nothwendig beide Erbschaften annehmen oder ausschlagen.

1) Nahm er daher:

a) die Erbschaft des Vaters an, so kann er nachher die des Pupillen nicht mehr ausschlagen.

b) Nahm er die des Pupillen an, so kann er die des Vaters nicht mehr ausschlagen.

2) Schlug er

a) die Erbschaft des Vaters aus, so kann er später die des Pupillen nicht mehr annehmen.

b) Schlug er dagegen blos die des Pupillen aus

α) wissend, daß er auch Erbe des Vaters ist und erklärend, er wolle nur diese ausschlagen, so tritt er dadurch die des Vaters an — und folglich ist die Ausschlagung der pupillarischen als eine theilweise ungiltig;

β) that er es nicht wissend, daß er auch Erbe des Vaters ist, so ist die Ausschlagung wirkungslos; er kann also, wenn er später erfährt, daß er auch zum Erben des Vaters eingesetzt ist, dessen Erbschaft annehmen und dadurch noch Erbe des Pupillen werden.

B. War der Pupill exheredirt: so kann der Substitut die eine der beiden Erbschaften ausschlagen und die andere annehmen; also

1) wenn er die des Vaters annahm, die des Pupillen immer noch ausschlagen und umgekehrt;

2) wenn er die des Vaters ausschlug, die des Pupillen annehmen und umgekehrt.

C. Wenn der Pupill instituirt war, sich aber von der väterlichen Erbschaft losgesagt hatte, so kann der Substitut gleichfalls die väterliche Erbschaft annehmen und die des Pupillen ausschlagen und umgekehrt. Also

1) wenn er die des Vaters angenommen, die des Pupillen ausschlagen und umgekehrt;

2) wenn er die des Vaters ausgeschlagen, die des Pupillen noch annehmen und umgekehrt.

II. Wenn der Substitut ein suus heres des Vaters war, so wird derselbe zugleich ein suus heres des Pupillen, so zwar, daß er rücksichtlich jeder der beiden Erbschaften ein Beneficium abstinendi hat, dessen er sich rücksichtlich der einen bedienen kann, während er es rücksichtlich der andern nicht gebraucht. Er kann daher, und zwar nach ausdrücklicher Verfügung der Quellen,

A. wenn der Pupill auch zum Erben eingesetzt war und nicht abstinirt hatte, von der väterlichen Erbschaft sich lossagen und die des Pupillen behalten. (fr. 12. pr. D. 20. 6.)

B. Nach der Analogie und a pari ratione — die väterliche Erbschaft behalten und die des Pupillen von sich weisen.

C. Wenn der Pupill erheredirt war, oder der Substitut von der väterlichen Erbschaft abstinirte, so kann der Substitut die des Pupillen dennoch erhalten. fr. 40. D. 29. 2.

D. Abstinirte dieser von der letzten, so kann er dennoch suus heres des Vaters bleiben.

E. Das Gleiche muß gelten, wenn der vom Vater zum Erben eingesetzte Pupille sich von der väterlichen Erbschaft losgesagt hatte; und folglich dem Pupillarsubstituten als doppeltem suus heres freistehen, sich des Beneficii abstinendi nach Belieben zu bedienen, entweder bloß rücksichtlich der väterlichen, oder bloß rücksichtlich der pupillarischen Erbschaft.

Das Recht, die eine Erbschaft zu verschmähen und die andere anzunehmen, steht dem Pupillarsubstituten als suus heres in den vier letzten Fällen aus zwei Gründen zu:

a) weil es auch dem Extraneus in diesem Falle (in welchem die Ungetheiltheit der beiden Erbschaften nicht Statt hat) zusteht;

b) weil es ihm selbst dann gestattet ist, wenn der Pupille Erbe des Testirers wurde und blieb, also im Falle, wo nach dem Tode des Pupillen nur eine ungetheilte Erbschaft vorhanden ist.

Ganz kurz läßt sich das Resultat der angestellten Untersuchung so fassen:

Ist der Pupillarsubstitut vom Testirer auch sich selbst zum Erben ernannt, so muß er, wenn er nicht zugleich suus heres und wenn der Pupille Erbe des Vaters geworden ist, beide Erbschaften entweder annehmen, oder beide ausschlagen. In allen übrigen Fällen steht es ihm frei, die eine derselben auszuschlagen und die andere anzunehmen. Ist er also suus heres, so steht ihm das letzte Recht immer zu, ist er dagegen heres extraneus, so hat er es nur in den Fällen, wo der Pupille nicht Erbe des Vaters wurde, also entweder wenn der Pupille exheredirt war, oder wenn derselbe von der väterlichen Erbschaft sich abstinirte.

Nähere Kritik der Ansichten v. Löhr's.

Die Ansichten der Rechtsgelehrten Fritz, Mühlenbruch und v. Vangerow gehen dahin:

1) der vom Vater zum Erben eingesetzte Pupillarsubstitut kann, wenn er die väterliche Erbschaft angenommen hat, die des Pupillen nicht ausschlagen, sowohl wenn dieser Erbe des Vaters geworden und geblieben ist, als wenn dieß nicht der Fall ist, also wenn er von diesem exheredirt worden, oder sich von der väterlichen Erbschaft abstinirt hat [1]).

2) Dagegen kann der Substitut die väterliche Erbschaft ausschlagen und die des Pupillen annehmen, wenn dieser nicht Erbe des Vaters geworden, also entweder wenn er exheredirt gewesen, oder wenn er sich abstinirt hatte.

Wird der Pupille Erbe des Vaters, so kann der Substitut die pupillarische Erbschaft nicht erhalten, wenn er die väterliche ausgeschlagen hatte.

---

[1]) Wegen fr. 59. D. 29. 2.

Im ersten Falle Nr. 1. unterscheiden jene Rechtsgelehrten nicht, ob der Pupillarsubstitut ein extraneus, oder ob er ein suus heres ist; gestatten also in der letzten Unterstellung kein doppeltes Abstinirungsrecht, erlauben ihm also nicht, die Erbschaft des Pupillen anzunehmen, wenn er die väterliche ausgeschlagen, nachdem der Pupille Erbe des Vaters geworden war [1]).

Von diesen Ansichten weicht Herr v. Löhr rücksichtlich des Rechtes des *suus heres* ab, indem er S. 333—336 demselben, wenn er Pupillarsubstitut ist, das Recht zugesteht, die väterliche Erbschaft von sich zu weisen und die des Pupillen, seines Bruders, zu behalten, und zwar nach fr. 41. D. 29. 1. sowohl wenn dieser exheredirt, als nach fr. 12. p. D. 28. 6., wenn er vom Vater zum Erben eingesetzt war und starb, ohne abstinirt zu haben. In demselben Falle erlaubt jedoch v. Löhr dem Substituirten nicht, die väterliche Erbschaft anzunehmen und der des Pupillen sich zu entschlagen [2]). Wenn der Pupillarsubstitut ein Extraneus ist, so spricht v. Löhr ihm das Recht, die Erbschaft des Pupillen von sich zu weisen, nachdem er die väterliche angenommen, in allen Fällen ab, und bestreitet S. 340—341 die im Jahr 1837 veröffentlichte entgegengesetzte Ansicht des Verfassers, von der er sagt: „sie beruhe auf selbstgeschaffenen Voraussetzungen und sey mit den bestehenden Rechtssätzen unvereinbarlich", weil der Verfasser den Grund der Regel: es könne der Pupillarsubstitut [3]), wenn sowohl er, als der Pupille, Erbe des Vaters geworden, die pu-

---

[1]) Sie legen daher fr. 12. pr. D. 28. 6. von dem Falle aus, wo der Pupill nicht Erbe des Vaters geworden, d. h. von dem, wo dieser entweder exheredirt war, oder abstinirt hatte.
v. Bangerow S. 182—183.

[2]) S. 338. Gründe für die letzte Behauptung führt v. Löhr, wie schon bemerkt, nicht an.

[3]) Der Verfasser beschränkt denselben jetzt auf den Fall, wo der Substitut extraneus heres des Vaters ist.

pillarische Erbschaft nicht mehr ausschlagen, in die Einheit und Ungetheiltheit der beiden Vermögen setzt, welche nach ihm nur das Resultat des Beerbens des Vaters durch den Pupillen ist.

v. Löhr setzt den Grund der Regel lediglich in die Einheit des Testaments, indem die Pupillarsubstitution, wenn sie auch in einem besondern Acte (in secundis tabulis) enthalten wäre, dennoch ein integrirender Theil (pars et sequela) des väterlichen Testaments sey, deßwegen der Pupillarsubstitut, wenn er die väterliche Erbschaft als heres patris angetreten, die in demselben Testamente ihm angetragene pupillarische eben so wenig ausschlagen, wie der Vulgarsubstitut den durch die Substitution ihm gebotenen Erbtheil, nachdem er als institutus angetreten habe. In beiden Fällen träte also, wie in fr. 59. D. 29. 2. gesagt werde, ein jus accrescendi ein. Wenn dagegen der Pupillarsubstitut seinen Theil als Institut ausgeschlagen, so könne er — wie ja auch der Vulgarsubstitut — immer noch durch die Substitution (also als Pupillarsubstitut) Erbe werden, wenn nur der Pupill nicht selbst Erbe des Vaters geworden [1]).

Gegen diese Ansicht v. Löhr's erlauben wir uns folgende Bemerkungen:

1) Angenommen — aber nicht zugegeben — der Grund, warum der Pupillarsubstitut, der die Erbschaft des Vaters angenommen hat, die des Pupillen aber nicht haben will, dennoch genöthigt ist, sie zu erwerben, läge blos in der Einheit des Testaments und nicht in der beider Vermögen, so müßte die Pupillarsubstitution in ihrer Wirkung der Vulgarsubstitution und überhaupt jeder bedingten vorkommenden Erbeseinsetzung derselben Person ganz gleich stehen [2]). Dieß ist aber selbst nach v. Löhr's Ausführung nicht der Fall, denn der Vulgarsubstitut kann, wenn er als Institut ausgeschlagen, so-

[1]) S. 346—349.

[2]) Dieß sagt v. Löhr selbst S. 333. 345.

fern das Teſtament überhaupt beſteht, noch antreten [1]); alſo namentlich, wenn er heres ex parte iſt. Es müßte alſo der Pupillarſubſtitut in dem Falle, wo der Pupill Erbe geworden und nachher vor erlangter Mündigkeit geſtorben wäre, wenn er auch qua institutus die väterliche Erbſchaft ausſchlug, dennoch die Pupillarerbſchaft annehmen können [2]). Und doch iſt aus fr. 10. §. 3. D. 28. 6., den v. Löhr S. 349. Note 10. ſelbſt angeführt, das Gegentheil gewiß.

Si pater me heredem scripserit ex parte et filium ex parte et ego patris hereditatem repudiavero, nam neque filii hereditatem habere possum. Auch ſtellt dieß Herr v. Löhr nicht in Abrede, ob er gleich S. 346 u. 348 geſagt hatte: die Omissio und die Repudiatio hereditatis hindern, zwei Fälle ausgenommen, den Subſtituten nicht, die Pupillarerbſchaft anzunehmen. Die ausgenommenen Fälle ſind aber nach S. 347 nur die

a) wenn der Teſtirer geſagt hatte — quisquis mihi heres est — idem filio meo heres esto;

b) wenn der Subſtitut der einzige Eingeſetzte iſt.

Conſequenterweiſe müßte alſo der Pupillarſubſtitut im Falle des oben angeführten fr. 10. §. 3. die Pupillarerbſchaft erwerben können, wie auch v. Löhr aus fr. 27. §. 3. entnimmt, welches alſo nach ſeiner Anſicht in einem unauflöslichen Widerſpruch mit jenem ſtehen müßte [3]).

2) Nach derſelben Annahme würde das Ausſchlagen der väterlichen Erbſchaft durch den Pupillarſubſtituten [4]) als heres

---

[1]) Dieß zeigt v. Löhr S. 320—322.

[2]) Dieß behauptet auch v. Löhr S. 346—351. wegen fr. 27. §. 2. D. 36. 2. fr. 40. D. 29. 2.

[3]) v. Löhr ſagt S. 346. 347. nicht, daß er das fr. 27. §. 2. D. 36. 1. von den Fällen verſtehe, wo der Pupill exheredirt war oder abſtinirt hatte.

[4]) Nemlich wenn er extraneus heres iſt.

patris — und die Annahme der Pupillarerbschaft durch denselben in allen Fällen die Wirkung haben, daß der Substitut Erbe des Vaters würde, entweder ex asse oder ex parte (in sofern nemlich das väterliche nicht ein Testamentum destitutum ist); denn der Theil der väterlichen Erbschaft, welchen er qua heres ausschlug, mußte ihm nach dem Tode des Pupillen eben so gut wieder deferirt werden, wie dem Pupillarsubstituten, der von ihm als institutus nicht angenommen, jure accrescendi auf den Miterben fiel und wenn dieser ausschlug, an dessen Substituten — (der zufällig auch instituirt war).

Es müßte daher

a) der Substitut den schon von ihm ausgeschlagenen und deßhalb auf den eingesetzten, nicht entsagenden Pupillen gefallenen Theil der väterlichen Erbschaft, also, wenn der Pupill allein Erbe war, die ganze väterliche Erbschaft erhalten. Daß dieß wegen fr. 10. §. 3. D. 28. 6. nicht möglich ist, haben wir so eben gesehen.

Auch c. 20. C. 6. 30. ist dagegen.

b) Der Substitut müßte ferner den väterlichen, von ihm ausgeschlagenen Erbtheil, wenn der Pupill erheredirt war, pro rata mit dem andern eingesetzten Erben erhalten; denn es ist ja nach v. Löhr lediglich die Einheit des Testaments der Grund, warum ein pro parte adire und pro parte omittere nicht Statt hat. Da der Substitut den Nachlaß des Pupillen, wie er konnte, antrat, so ist er dennoch Testamentserbe geworden, und folglich müßten, da ja nur ein Testament vorhanden ist und aus diesem zwei Erben succediren (nemlich der antretende heres institutus und der pupillariter substitutus), beide den von dem andern institutus, nemlich den von ihm selbst als Instituten ausgeschlagenen Erbtheil jure accrescendi erwerben und pro rata unter sich theilen.

Schon weil der Pupillarsubstitut (nach v. Löhr) dem Vulgarsubstituten ganz gleich steht, muß er coheres des andern Erben werden, und folglich den von ihm ausgeschlagenen

Erbtheil, der ihm zum zweiten Male deferirt wird, mit dem institutus theilen.

v. Löhr mußte also, um consequent zu bleiben, das fr. 41. D. 29. 2. wo es heißt:

„Filius qui se paterna hereditate abstinuit, si exheredati fratris hereditati se immiscuerit, et pro herede gesserit, poterit ex substitutione hereditatem obtinere" so auslegen: der Pupillarsubstitut erhält in Folge der Substitution, wenn er die Erbschaft des exheredirten Bruders annahm, auch die väterliche Erbschaft, obgleich er von derselben sich schon losgesagt hatte; ein ganz eigenes Resultat, während die Stelle so zu nehmen ist und auch von unsern Gegnern so genommen wird: der Substitut könne die Erbschaft des exheredirten Pupillen (ex substitutione hereditatem) antreten, ob er gleich der väterlichen sich entschlagen habe.

3) Ist v. Löhr genöthigt, ein jus acorescendi anzunehmen, wo nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen gar keins denkbar, auch kein besonderer (singulärer) Grund für die Annahme eines solchen vorhanden ist. Er behauptet nemlich, indem er das fr. 59. D. 29. 2. auch auf die Fälle anwendet, wo der Pupille exheredirt war oder abstinirt hatte, und der Pupillarsubstitut die väterliche Erbschaft antrat, es falle das eigene Vermögen nach dem Tode des Pupillen (der starb, nachdem der Substitut qua heres angetreten hatte) in die väterliche Erbschaft und folglich jure accrescendi dem Substituten zu. S. 339.

Allerdings wird der Anfall des Pupillar-Nachlasses in fr. 59. als Folge und Wirkung des jus accrescendi angegeben, allein gerade dieser Grund beweist, daß dieser Anfall durch die Möglichkeit eines solchen bedingt ist. Das Anwachsungsrecht kann aber nur statthaben, wenn eine Erbschaft vorhanden ist, weil es nur eine Wirkung der Ungetheiltheit der Erbschaft, als Vermögenscomplexus eines Verstorbenen gedacht, ist. Nun ist aber gewiß, daß, wenn der Pupille abstinirt hat

(a fortiori wenn er exheredirt war) — der pupillarische Nachlaß nicht als Theil der väterlichen Erbschaft angesehen wird und deßhalb auch von den Gläubigern des Vaters durchaus nicht angesprochen werden kann, selbst wenn der losgewordene Pupille starb und einen Pupillarsubstituten als Erben hinterließ. fr. 42. pr. D. 29. 2.

Ein Erwerb des pupillarischen Nachlasses durch den Substituten des väterlichen Erben jure accrescendi läßt sich also hier unmöglich annehmen, wohl aber in dem Falle, wo der Pupille wirklich Erbe des Vaters wurde, (obgleich nur pro parte) wo also der in fr. 59. angegebene Grund des Conjungi seiner Verlassenschaft paternae hereditati eintrat, und bewirkte, daß nun die Eine Erbschaft des Pupillen (denn er könnte nur eine haben) in die väterliche zurückfiel, nemlich das vom Vater als Erbtheil stammende Vermögen des Pupillen vermehrt durch das später dazu gekommene. Wie der einem Vulgarsubstituten zugewiesne Erbtheil dem coheres substitutus accrescirt, wenn jener, nachdem er ihm deferirt worden war, wegfällt, so ist dieß auch beim Pupillen der Fall, wenn dieser wegfiel, jedoch mit dem Unterschiede, daß auch ein späteres Wegfallen die gleiche Wirkung hat, d. h. seinen Antheil an der Erbschaft in diese zurückwirft, und zwar vermehrt durch das eigene, mit demselben verschmolzene Vermögen des Pupillen [1]). Gerade das hier nun Ausgeführte liefert

4) einen der Beweise der Richtigkeit der von uns vertheidigten Ansicht, die dahin geht, daß nicht die Einheit des Testaments (d. h. der väterlichen Erbeseinsetzung und der Pupillarsubstitution als Theil eines und desselben letzten Willens), son-

---

[1]) Es ist hier eine gewisse Aehnlichkeit mit dem Accrescenzrecht beim ususfructus legatus vorhanden. Gleich wie dieses eintritt, wenn ein Usufructuar schon erworben hatte und nachher starb, so accrescirt der väterlichen Erbschaft die des Pupillen, der sie schon erworben hatte und nachher starb, jedoch hier vermehrt durch das eigene Vermögen des Letztern.

dern, wie auch Mühlenbruch, obgleich nicht ganz im Sinne des Verfassers, annimmt, die Einheit und Ungetheiltheit der beiden Vermögen der Grund ist, warum die väterliche Erbschaft nicht ohne die pupillarische angetreten oder ausgeschlagen werden kann, weßhalb diese Regel von ihm auf den Fall beschränkt wird, wo der vom Vater zum Erben eingesetzte Pupill wirklich Erbe geworden war und blieb.

Die übrigen Gründe hierfür hält der Verfasser für überflüssig, hier zu wiederholen, da dieselben so ausführlich, wie möglich, in §. 3. entwickelt worden sind.

XI.

Zur Lehre von der civilen Berechnung der Zeit.

Von

Herrn Dr. J. J. Bachofen zu Basel.

(Beschluß der in Heft 1. Nr. II. abgebrochenen Abhandlung.)

VII. In keiner Stelle ist der Unterschied des Resultates der Computation und der Interpretation so deutlich ausgesprochen, als in l. 5. D. qui test. (28. 1.) aus Ulpian l. VI. ad Sabin.

»A qua aetate testamentum vel masculi vel feminae facere possunt, videamus. Et verius est, in masculis quidem quartum decimum annum spectandum, in feminis vero duodecimum completum. Utrum autem excessisse debeat quis quartum decimum annum, ut testamentum facere possit, an sufficit complesse. Propone aliquem kalendis Januariis natum testamentum ipso natali suo fecisse quarto decimo anno, an valeat testamentum? Dico valere. Plus arbitror, etiamsi pridie kalendarum fecerit post sextam horam noctis, valere testamentum: jam enim complesse videtur annum quartum decimum, ut Marciano videtur.«

Auch hier hat man die Augen absichtlich verschlossen, auch hier will man Nichts als das Princip der civilen Zeitrechnung entwickelt finden, und scheut dann auch die gezwungenste

Erklärung nicht, um das hier ausgesprochene mit dem anderweit bekannten Princip in Harmonie zu bringen [1]).

Es ist bekannt, daß von dem Eintritt der Pubertät bei Männern und Frauen die wichtigsten persönlichen Rechte abhingen. Mit diesem Moment nahm die Tutel ihr Ende; mit diesem trat die Fähigkeit ein, eine legitime Ehe zu schließen und ein Testament zu errichten; bis zu diesem konnte pupillariter substituirt werden. Höchst wichtig war es daher, genau den Zeitpunkt anzugeben, mit welchem die Pubertät eintreten sollte. So lange man zur Bestimmung desselben auf die Körperentwicklung des einzelnen Individuums sah, war eine allgemeine Bestimmung hierüber unmöglich. Wohl hauptsächlich aus diesem Grunde vertheidigte schon frühe die Schule der Proculejaner die Bestimmung der Pubertät einzig und allein nach Altersjahren [2]). Diese Bestimmung, welcher Justinian zuletzt alleinige Geltung gesetzlich zuerkannte [3]), sieht auch Ulpian in unserer Stelle als die richtigere an.

Bei den Männern will er den quartus decimus annus, bei den Weibern den duodecimus a. *completus* [4]) berücksichtigt haben. Die Frage, welche der Jurist nun zu beantworten sucht, ist die: ob zu der Completio anni der Ablauf des letzten

---

[1]) Den richtigen Tag nehmen an: Erb S. 190. Koch S. 95. Reinfelder S. 32. v. Löhr S. 421. Hagemeister S. 6. v. Bangerow S. 260. — Auf die Nacht zwischen dem 31. Dec. und 1. Jan. beziehen die Stelle außer v. Savigny auch Unterholzner S. 305. 307. 308. und Göschen S. 591.

[2]) Gaj. I. §. 196. Vergl. pr. J. quib mod. tut. (1. 22.) und Theoph. ad h. l.

[3]) In l. 3. C. quando tut. esse des. — Vgl. pr. J. quib. mod. tut. (1. 22.) u. Theoph. ad h. l. — In pr. u. §. 1. J. de nuptiis (1. 10.) findet sich keine nähere Gränzbestimmung der Pubertät; wohl aber giebt sie Theoph. in der Erklärung dieser Stellen.

[4]) Dieß Completus (expletus, impletus) ist der Ausdruck, mit welchem die Regel der Computation gewöhnlich ausgesprochen wurde. Vergl. Erb S. 241. N. 1.

Kalendertages erforderlich sei, oder ob schon der Beginn desselben genüge; ob mithin A schon vom Anbruch des 31. Dec., oder erst nach dem Ablauf desselben ein Testament errichten könne? — Ganz abweichend hievon haben Andere die Frage so gestellt: ob erst nach Eintritt der Geburtsstunde im Laufe des 1. Jan., oder schon nach Eintritt der den 31. Dec. beschließenden Mitternachtstunde ein gültiges Testament errichtet werden könne? Das *excessisse*, welches wir auf den vollen Ablauf des 31. Dec. beziehen, verstehen unsere Gegner von dem Eintritt der Geburtsstunde; das *complesse*, welches unsere Erklärung schon mit Anbruch des 31. Dec., also 24 Stunden früher als das excessisse annimmt, legen jene in denselben Moment, in welchem wir schon von excessisse reden. — Zwei Gründe machen jene Erklärung unannehmbar. Vorerst ist es völlig unzulässig, den Gegensatz von Excessisse und Complere auf die Beachtung des mathematischen Endpunktes zu stützen. Dieser muß als die eigentliche Negation der civilen Berechnungsweise völlig und absolut aus dem Spiele bleiben. Verneint kann und darf ohne Inconsequenz das nicht werden, was nie und nimmermehr beachtet wird. Dazu kommt, daß nach der civilen Berechnungsweise mit Ablauf des 31. Dec. noch vor dem Eintritt der Geburtsstunde ein wahres, eigentliches excessisse statt gefunden hat, ohne daß dabei an die mindeste Verkürzung der Frist gedacht würde. — Der zweite Grund ist aus der Stelle selbst genommen. Es besteht ein gar nicht zu verkennender Parallelismus zwischen den Ausdrücken excessisse und complesse einerseits, und den beiden, gerade zur Erklärung dieses Gegensatzes aufgestellten Beispielen andererseits. Wer ipso natali suo, d. h. am 1. Jan. ein Testament macht, auf den ist das *excessisse* q. d. a. zu beziehen; wer es dagegen pridie Kalendarum — post sextam horam noctis macht, auf den muß das *complere* gehen. Dieß Letztere sagt übrigens Ulpian in den Schlußworten der Stelle selbst. (v. »jam enim complesse« etc.) —

Welcher Zeitpunkt wird nun durch die Worte »pridie kalendarum — post sextam h. noct.« bezeichnet? v. Savigny will hier die dem 31. Dec. angehörende 6. Nachtſtunde verſtehen, und nach Ablauf derſelben, mithin mit Beginn des 1. Jan. die Teſtamentsfähigkeit annehmen. Er beruft ſich (S. 385.) dafür auf die ähnlich lautenden Ausdrücke, die derſelbe Ulpian in den Stellen über Beendigung der Uſucapion („hora sexta noctis pridie kalendas Jan. implet usucapionem") und über den Beginn der Manumiſſionsfähigkeit („post [horam] sextam noctis pridie kalendas quasi annum vicesimum compleverit") gebraucht; — und hält es für unmöglich, daß zur Bezeichnung ganz verſchiedener Zeitmomente die bloße Aenderung der Wortfolge hinreichen ſollte. — Uns ſcheint es umgekehrt unmöglich, daß die Bezeichnung deſſelben Zeitpunktes eine ſolche Aenderung der Wortfolge, wie ſie hier vorliegt, zulaſſen könnte. Soll die fragliche hora sexta in ihrer Ausdehnung ganz dem pridie kal. Jan. angehören, ſo kann die Bezeichnung des Tages (pridie kal.) unmöglich von der ihm zugehörenden Stunde (post sextam horam noctis) losgeriſſen, ihr ſogar vorangeſtellt, und durch die Einſchaltung des Verbums „fecerit" getrennt werden. Gerade hier, wo die Verwechſelung ſo nahe lag, würde ohne dringende Veranlaſſung dieſe weſentliche Umſtellung nicht verſucht worden ſeyn. Wie wäre es auch möglich, den Gegenſatz, der in den beiden Ausdrücken liegt, mit mehr Präciſion und Schärfe hervorzuheben, als hier durch die Umſtellung der Worte geſchieht? In dem Ausdruck: post sextam horam noctis liegt alſo nichts weiter, als eine nähere Beſtimmung von „pridie kalendarum" des Sinnes: am 31. Dec. und zwar gleich nach Mitternacht, alſo gleich mit dem erſten Augenblick jenes Tages [1]). Dieſer Zuſatz ſollte dazu dienen,

[1]) Dieſe Anſicht findet ſich auch in dem griechiſchen Fragment im civ. Mag. VI. S. 249. und zwar hier auf ganz unzweifelhafte Weiſe ausgedrückt: ‚Δύνασθαι οὖν διαθέσθαι πρὸ μίας τοῦ

dem möglichen Irrthum, als könnte nur von Tagesanbruch des 31. Dec. an ein Testament errichtet werden, zum Voraus vorzubeugen.

Ulpian geht von der Annahme des 1. Jan. zu der des 31. Dec. mit den Worten: „Dies valere, *plus arbitror*“ über. Auch diese können als Prüfstein beider Meinungen gebraucht werden. Nach der v. Savigny'schen läßt sich dieser Gegensatz durchaus nicht rechtfertigen. Er meint zwar, das „noch mehr“, das „plus arbitror“ bestehe darin, daß nicht bloß der 2. Jan. nicht abgewartet zu werden brauche, sondern auch nicht einmal innerhalb des Geburtstages die Geburtsstunde. Allein dieß ist, bei Licht besehen, durchaus kein Mehr. Denn schon das erste Glied der Ulpian'schen Behauptung, wonach ein am 1. Jan. gemachtes Testament gültig seyn soll, beschränkt diese Gültigkeit keineswegs auf die Zeit nach der Geburtsstunde, sondern behauptet sie für den ganzen Tag ohne irgend einen Unterschied [1]). Ein Mehr, ein wahres „plus arbitror“ kann also nur durch ein Ueberschreiten der Gränzen des 1. Jan., und durch ein Zurückgehen auf den 31. Dec. gewonnen werden.

πληρωθῆναι τὸ τεσσαρεσκαιδέκατον ἔτος τῆς ἡλικίας μετὰ τὴν ἕκτην ὥραν τῆς νυκτός.“ Hier ist der Tag vor dem Geburtstag als Beginn der Testamentsfähigkeit genannt, und die Bestimmung der 6ten Stunde kann unmöglich auf einen andern als eben auf diesen Tag gehen. Daß nur dessen Anfang hiedurch näher bestimmt werden soll, zeigt die Erklärung: „ἡ γαρ ἡμέρα ἄρχεται ψηφίζεσθαι ἀπὸ τῆς ἑκτης ὥρας τῆς νυκτὸς, καὶ πληροῦται ἕως ὥρας ἕκτης τῆς ἐπιούσης νύκτος. καὶ εἰκότως ἡγεμένη διαθήκη μετὰ τὴν ἕκτην ὥραν τῆς νυκτὸς ἐρρωται ὡς ἐν τῇ τελευταίᾳ ἡμέρᾳ τοῦ ιδ' χρόνου γενομένη.“ Ganz in derselben Weise drückt sich Eustathius περὶ ὥρας §. 3. aus.

[1]) Aehnlich v. Löhr l. c. S. 421, der die Worte unserer Stelle auch nur von dem Anfang des 31. Dec. versteht.

Unter den Einzelnheiten der v. Savigny'schen Erklärung dieser Stelle ist namentlich die höchst gezwungene Weise hervorzuheben, in welcher die Voranstellung des „pridie kalendas" erklärt wird. (S. 384.) Es müsse hier ein Vierzehnjähriger gedacht werden, der Grund habe, mit der Abfassung seines Testaments so viel wie möglich zu eilen. Dieser werde schon am 31. Dec. alle nöthigen Vorkehrungen treffen, d. h. die 5 Zeugen, den libripens und den familiae emptor bei sich versammeln, Urkunde, Wage und Erz bereithalten, und dann, sowie es 12 geschlagen, augenblicklich die Formalität vollziehen. Diesen natürlichen Hergang deutlich vor Augen zu stellen, dazu sey das pridie vorangesetzt. — Aber angenommen selbst, daß von den Zeiten des Romulus bis auf die heutige Stunde je einmal in dieser Weise die Abfassung eines letzten Willens vorbereitet wurde, könnte man dann diese Vorbereitung schon ein wahres juristisches *facere* testamentum nennen, wie Ulpian in unserer Stelle sagt? müßte dann nicht vielmehr die Zusammenstellung der Worte: „pridie kalendas fecerit" völlig unerträglich seyn? —

Nicht weniger unnatürlich ist der Versuch, die Berufung Ulpians auf die Meinung Marcians für eine so allgemein bekannte Sache, wie die civile Computation war, zu rechtfertigen [1]). Sollten etwa die Römer, weil sie auf andere und sicherlich auf bessere Weise zu ihrer Rechtskenntniß gelangten, als die studirende Jugend der deutschen Universitäten, sollten sie darum das Prinzip der civilen Computation so wenig inne gehabt, oder mit so unsicherer Hand auf die einzelnen Fälle anzuwenden gewußt haben, daß sie nur durch Berufung auf Autoritäten sich selbst zu beruhigen, und andere

[1]) Auch Hugo (in der Einleitung zu Hagemeisters Abhandlung S. 4.) fühlt sich veranlaßt, zu fragen, wozu Ulpian es wohl für nöthig erachten mochte, für jene ganz gewöhnliche Computation noch einen andern Juristen zu allegiren?

zu gewinnen hoffen konnten? — Wofür Marcians Meinung citirt wird, ist nicht das Prinzip der Computation, noch dessen Anwendung auf die Bestimmung eines 14- oder 12jährigen Alters, sondern einzig und allein die eigenthümliche Auslegung des Ausdrucks *complere*. Ihm genüge der Ablauf des 30. Dec., meine Marcian. Auch dieser Jurist war weit entfernt, zu glauben, daß etwa schon mit dem Anbruch des 31. Dec. die 12 oder 14 Jahre zurückgelegt wären. Seine Behauptung bestand im Gegentheil darin, daß dieser Ablauf der Frist nicht abgewartet zu werden brauche, und daß von complere schon 24 Stunden früher gesprochen werden könne. Und nur hiefür, also nicht für die Computation, sondern nur für die Interpretation, führt ihn Ulpian an. Und diese Allegation war nun keine müssige. Denn diese restrictive Erklärung des Worts complere war keineswegs recipirt, wie die der Ausdrücke anniculus und minor XX annis nach der Lex Aelia Sentia es gewesen zu seyn scheinen; vielmehr weicht sie von der allgemein recipirten ab. Mit dem Ausdruck complere wird nicht anders als mit explere und replere regelmäßig die Erfüllung, d. h. der Ablauf einer Frist, bezeichnet. Beweise hiefür liegen in den oben (§. 1.) citirten Stellen. — Selbst für das hier zunächst in Frage stehende Verhältniß finden sich in andern Fragmenten Ausdrücke gebraucht, welche die gewöhnliche Erklärung von complere enthalten. Die Worte des §. 7. J. qui et quib. ex causs. (1. 6.) „— — qui XIV annos aetatis *expleverat*, licet testamentum facere — — posset" werden von Theophilus ad h. l. so umschrieben „*τὸν μὲν μείζονα τῶν ιδ ἐνιαντῶν δύνασθαι ληγάτα καταλιμπάνειν* — —". Derselbe giebt das zur Ehe erforderliche Alter in den Worten an: „*τὰς μὲν (ἀρρένας) ὑπερβεβηκέναι τὸ τεσσαρεσκαιδέκατον ἔτος, τὰς δὲ (θηλείας) μείζους εἶναι τῶν ιβ ἐνιαντῶν*". Vergl. §. 1. in. eod. — Die Worte des pr. J. quib. mod. tut. fin. (1. 22.) „— — pubertatem in masculis post quartum decimum annum

completum illico initium accipere constituimus“ und „(feminae) post duodecimum annum *completum* viripotentes esse credantur“ wurden von Theophilus ad h. l. durch ὑπερβεβηκέναι wiedergegeben. Ebenso spricht l. 4. C. qui testam. fac. poss. (VI. 22.) von einem „decimum quartum annum *egressus*“; l. 3. C. quando tut. vel curat. (V. 60.) sagt: „mares post *excessum* XIV annorum puberes existimentur.“ —

Abweichend von dieser Erklärung unterscheidet Ulpian in unserer Stelle das complere in einem engeren Sinn von dem excedere, und erklärt in Bezug auf die Testirfähigkeit dieß Letztere, wenn auch nicht für unrichtig, doch für unnöthig.

VIII. Die l. 6. D. de O. et A. (XLIV. 7.)

„In omnibus temporalibus actionibus, nisi novissimus totus dies compleatur, non finit obligationem.“ (Vulg. „non finitur obligatio“) [1])

unterscheidet sich von den zuletzt erklärten (V. VI. VII.) dadurch, daß ihr Verfasser Paulus (libr. VII. ad Sabinum) hier wieder die Computation rein und ohne Einmischung irgend einer Interpretation zur Anwendung bringt, gerade wie dieß Scävola und Ulpian in den Stellen über die Beendigung der Usucapionsfrist thaten. — Hier handelt es sich zunächst um die Frage, ob zum Verlust einer Klage durch den Ablauf einer bestimmten Anzahl Jahre die Zurücklegung oder bloß der Antritt des novissimus dies erfordert werde? Welches dieser novissimus dies sey, das zu bestimmen, überläßt Paulus jedem Leser. Die Anwendung des Computationsprinzipes auf diesen einzelnen Fall machte sich ja leicht und schnell. Sie ergab, da der Ausgangstag hier, wie überall, eingerechnet wer-

[1]) Auf den 1. Jan. wird der noviss. dies verlegt von v. Savigny S. 390. — Unterholzner S. 296, Glück V. S. 567, v. Löhr S. 419, Göschen S. 593. wollen hier die Computatio a momento ad momentum finden. — Reinfelder S. 122, Erb S. 202, v. Wangerow S. 262. haben die richtige Erklärung.

den muß, nicht anders als in allen andern Fällen, den 31. Dec., durchaus nicht den 1. Jan., wie v. Savigny S. 39. vorausſetzt. — Daß dieſer letzte Tag zur Erfüllung irgend einer anberaumten Friſt abgelaufen ſeyn müſſe, das haben wir oben als Regel gefunden. In ſo fern könnte es auffallen, daß Paulus die Nothwendigkeit dieſes Ablaufs in Bezug auf die Friſt der Klagverjährung noch beſonders einzuſchärfen für nöthig erachtet. v. Savigny ſucht dieß dadurch zu erklären, daß er einen denkbaren frühern Ablauf der Klagverjährung, und zwar zunächſt das momentum temporis annimmt, welches Paulus ausſchließen wolle. Allein abgeſehen davon, daß die der Regel entſprechende Annahme des 31. Dec. als novissimus dies jede Möglichkeit der Berückſichtigung des erſt dem Neujahrstag angehörenden mathematiſchen Endpunkts von vorn herein ausſchließt, müſſen wir jeder ſolchen Bezugnahme auf einen ſtets unbeachtet gelaſſenen Zeitpunkt auch aus dem ganz allgemeinen Grund widerſprechen, weil hiedurch der ſ. g. natürlichen Computation eine Anerkennung zu Theil würde, die ſich mit dem römiſchen Prinzip der Berechnung ganz und gar nicht verträgt. — Was Paulus durch ſeine Worte „nisi — — compleatur“ ausſchließen will, iſt gar nicht jener frühere Ablauf der Klagverjährung, ſondern einzig und allein die ungebührliche Einmiſchung einer uns nun ſchon bekannten Interpretationsweiſe, nach welcher gewiſſen Ausdrücken nicht erſt durch den Ablauf, ſondern ſchon durch den Beginn des letzten Kalendertages genügt ſeyn ſoll.

Dieſe Interpretation wendet Paulus in den oben erklärten Stellen aus deſſen Commentar ad leg. Juliam et Papiam ſelbſt an. Aus den Worten: *totus* dies compleatur ergiebt ſich übrigens klar die Tendenz des Juriſten, ſich gegen die in der letzt erklärten Stelle von Ulpian geltend gemachte Auslegung des Wortes complere zu wahren. Dieſem Verbum ſoll eben nicht der Eintritt des letzten Tages, ſondern allein die Zurücklegung aller 24 Stunden genügen. Ganz in dem gleichen

Sinne und mit derselben Absicht verlangt Ulpian in l. 1. §. 3. D. de postul. (3. 1.), daß der Postulirende das 17. Jahr ganz erfülle („in totum complevit"). Ein bloßes complere, ohne diesen erläuternden Zusatz „in totum" könnte einer Interpretation Raum geben, wie sie Ulpian selbst auf die testamenti factio anwendet, und wonach von dem eben erst in den letzten Tag Eingetretenen schon gesagt werden kann, „jam enim complesse videtur annum septimum decimum". —

Durch diese Erklärung wird der von Paulus und von Ulpian gebrauchte Ausdruck: totus oder in totum completur von dem Vorwurf eines unnützen, ungeschickten Pleonasmus völlig gereinigt. —

Der Ausdruck *obligatio* hat Donellus und Andere zu der Annahme verleitet, die von Paulus aufgestellte Regel habe nur bei der Verjährung persönlicher Klagen, nicht bei der praescriptio gegen die Eigenthumsklage Anwendung. Zur Behauptung einer ganz allgemeinen Geltung bewegt mich nicht nur der umfassende Ausdruck „in omnibus temporalibus actionibus", und die Möglichkeit, in Rücksicht auf die überall eintretende Condemnatio pecuniaria auch sachliche Ansprüche mit unter jenen Ausdruck zu ziehen: sondern namentlich die Tendenz unserer Stelle, welche unter Voraussetzung der civilen Computation nur der Einmischung einer falschen Interpretation zu begegnen sucht, und eben darum den Kreis der Anwendung dieser weniger sorgfältig bezeichnet. —

Durch unsere Erklärung des vorliegenden Fragments sind wir zu dem Resultat gelangt, daß die Berechnung der Frist für Klagverjährung von jener der Usucapionsfrist durchaus nicht im Mindesten abweicht, daß vielmehr in beiden Fällen auf die dem mathematischen Endpunkt zunächst vorangehende Mitternachtstunde zurückgegangen wird. Abweichend hiervon nimmt die große Mehrzahl der Rechtslehrer, deutscher und französischer, eine völlig verschiedene Computation an, je nachdem es sich um Verlust eines Rechtes durch fortgesetzte Unthätigkeit, also durch

Versäumniß (wie bei der Klagverjährung) oder um Erwerb eines Rechtes durch Ablauf eines Zeitraums, (wie bei der Usucapion) handelt. Während in allen Fällen dieser zweiten Art auf die zunächst vorhergehende Mitternachtstunde zurückgegangen werde, verlange die Natur der Fälle erster Art ein Vorwärtsschreiten zu der dem mathematischen Endpunkt folgenden Mitternacht; — dort werde also dem Erwerbenden Etwas von der vollen Zeit nachgelassen, hier dem Verlierenden Etwas zugelegt; — die Differenz beider Berechnungsweisen, oder vielmehr derselben Berechnungsweise in Anwendung auf jene beiden Fälle, betrage einen vollen Kalendertag, volle 24 Stunden [1]). —

Den ersten Zweifel an der Richtigkeit dieser Unterscheidung hat bei mir die Unwahrscheinlichkeit erregt, daß es im römischen Recht nicht ein bestimmtes, durchgreifendes Prinzip der Computation, sondern für die verschiedenen Rechtsverhältnisse verschiedene, abweichende Berechnungsarten geben sollte. Dieser Zweifel wurde verstärkt durch die Wahrnehmung, daß Paulus in der ersten der oben erklärten Stellen das Prinzip der civilen Computation: non ad momenta sed ad dies numeramus, in einer ganz allgemeinen Fassung aufstellt, und daß sich ein völlig verschiedenes Resultat der Anwendung desselben Prinzips auf einzelne Fälle nicht denken läßt.

Ich sah mich nun nach unmittelbaren Zeugnissen jener Distinction um. Aber in der eben erklärten l. 6. D. de O. et A., auf welche sich alle Vertheidiger jener Ansicht hauptsächlich berufen, fand ich keine Spur eines Unterschiedes. Es blieb also nichts übrig, als die genauere Prüfung der allgemeinen, nach der gegnerischen Behauptung in der Natur der

---

[1]) Diese Unterscheidung findet sich auch bei Hugo l. c. S. 3. Unterholzner S. 297. Donellus comment. jur. civ. l. V. c. 19. §. 16. v. Wangerow S. 246. Bigot-Préameneu in den Motifs du code civil. I. pag. 784.

Rechtsverhältnisse enthaltenen Gründe ihrer Darstellung. Hier fand sich auch in der That die Wurzel des Irrthums. Durch ganz allgemeine Betrachtungen ließ man sich zunächst leiten, und fand dann ohne große Mühe in den Aussprüchen der Quellen die Bestätigung der zuvor gebildeten Theorie. — Dieß Verfahren befolgt namentlich v. Savigny. Er geht von der Annahme der Möglichkeit einer doppelten, an sich gleich zweckmäßigen Bestimmung der civilen Zeitrechnung aus: (S. 350.) Zurückgehen auf die letzte oder Vorwärtsschreiten zu der nächsten Mitternacht [1]). — Hier, fährt er fort, bleibe nun wieder die Wahl, entweder die eine dieser Möglichkeiten ausschließend anzunehmen, oder beide gelten zu lassen, je nach Verschiedenheit der Fälle. —

Dieß ganze Raisonnement stellt das Princip der civilen Computation auf eine durchaus willkührliche Grundlage. Solche verschiedene Möglichkeiten dachten sich die Römer nicht, noch weniger nahmen sie eine freie Wahl unter denselben in Anspruch. — Die große Unvollständigkeit der chronometrischen Instrumente, namentlich in der früheren Zeit, verbunden mit der eigenthümlichen Stundeneintheilung, nöthigten zu der Vernachlässigung von Zeittheilen kleiner als der Kalendertag. Hiemit war das Prinzip der civilen Computation gegeben. Es bestand in der Beachtung des Kalendertages, in dessen Verlauf ein Ereigniß fällt, ohne weiter zu untersuchen, welchem Theile desselben dieses angehört. — Das Zurückgehen auf die letzte Mitternacht erscheint hier durchaus nicht als Resultat einer haltlosen Willkühr, sondern als nothwendiges Ergebniß der Beachtung des Kalendertages, in dessen Lauf das Ereigniß fällt; denn dieser Kalendertag beginnt mit der letzten Mitternacht. Ein Vorwärtsschreiten zu der nächsten Mitternacht liegt vollends außer dem Bereiche aller Möglichkeit. Denn dieß würde die Ver-

[1]) Aehnlich behauptet Unterholzner 1. S. 307, man habe zwischen drei möglichen Schlußpunkten die Wahl gehabt.

nachlässigung des Anfangstages, d. h. nichts weniger als den Umsturz der civilen Computation in sich schließen. — Gestattet demnach das Prinzip der civilen Berechnung durchaus keine Wahl zwischen der letzten und der nächsten Mitternacht, schließt sie vielmehr jede Möglichkeit der Beachtung der folgenden Mitternacht aus, so ist nicht weniger einleuchtend, daß von einer „partiellen Unbestimmtheit" der Zeitbegränzung, die nothwendig dem einen der beiden Theile zu Gute kommen müsse, nicht gesprochen werden kann. Durch das prinzipielle Vernachlässigen aller kleineren Zeittheile, und die ausschließliche Berücksichtigung der Kalendertage, wird gerade die allergrößte Bestimmtheit hervorgerufen; es wird dadurch jedem unbestimmten Moment eine feste Basis gegeben, und ein an sich nie genau zu ermittelnder Zeitpunkt mit einer stehenden, leicht erkennbaren, völlig sicheren Zeitabtheilung identificirt. Und doch gründet v. Savigny auf eine solche, dem einen von beiden Theilen zu Gute kommende Unbestimmtheit, sein ganzes weiteres Raisonnement. Er vergleicht dieselbe mit der Unbestimmtheit einer alternativen, generischen, endlich nach Zeit oder Ort unbestimmt gelassenen Obligation. (S. 350. 351.) So wie nun eine solche Unbestimmtheit stets demjenigen zu Gute komme, von dessen Handlung zunächst die Rede ist (also bei der alternativen und generischen Obligation dem Schuldner, bei einer nach Zeit oder Ort unbestimmt gelassenen dem Gläubiger), so auch bei jener Unbestimmtheit der Zeitberechnung. —

Was hier v. Savigny ein Zugutekommen der Unbestimmtheit nennt, beruht ganz einfach auf der Interpretation eines Vertrages, auf der Erklärung des muthmaßlichen Willens der Partheien. Wird also dort dem Schuldner die Wahl, welches Individuum, oder welche Qualität er geben will, hier dem Gläubiger diejenige, wann oder wo er klagen mag, gelassen, so wird dieß in beiden Fällen als Inhalt des Vertrags, als gegenseitige Einräumung der Parteien zu be-

trachten seyn. Was der einen Partei zu Gute kommt, beruht hier völlig auf der vertragsmäßigen Einräumung von Seite der andern. Kann diese nun für jede andere Unbestimmtheit maßgebend seyn, für eine solche zumal, welche von dem Willen der Parteien gänzlich unabhängig ist, und in der statt absichtlicher Begünstigung vielmehr nur unvermeidliche Unvollkommenheit zu sehen ist? Wir haben schon bemerkt, daß die civile Computation weder zu verkürzen, noch zu verlängern, sondern nur so genau als möglich zu bestimmen sucht, — und daß sie, weit entfernt, der einen Partei Etwas zu Gute, der andern Etwas zu Schaden zu thun, gerade umgekehrt jeder ihr Recht so pünktlich und gemessen als möglich zuzutheilen sich bestrebt. —

Das v. Savigny'sche Prinzip führt übrigens, wenn consequent verfolgt, zu unlösbaren Widersprüchen. Der Erwerb der Exception gegen das verjährte Klagrecht fiele 24 Stunden früher, als der Verlust in der Person des Berechtigten angenommen werden dürfte. Ebenso würde das Eigenthum, welches der Besitzer durch Usucapion in der den 31. Dec. schließenden Mitternacht erwirbt, dem bisherigen Eigenthümer erst 24 Stunden später verloren seyn. — Denkt man auch bei der Usucapion zunächst an den Erwerb, bei der Klagverjährung zunächst an den Verlust, ein Umstand, den v. Savigny für sich geltend macht, so kann doch der entgegengesetzte Gesichtspunkt zur Prüfung einer Theorie gebraucht werden, die ja nicht nur in der Hauptsache, sondern in jeder Beziehung und nach allen Seiten hin sich als untrüglich erweisen soll. —

Es ist ferner bekannt, daß die longi temporis praescriptio durch kaiserliche Verordnung den Charakter einer Exception mit dem der Usucapion vertauschte. Diese Umgestaltung sollte die Dauer der Frist in keiner Weise berühren, sondern einzig und allein den Charakter des durch Ablauf derselben erworbenen Rechtes ändern, d. h. statt der bloßen Einrede gegen die Vindication, dem Besitzer nun selbst die Vindication geben. Wie

ließe sich hiermit die einen vollen Kalendertag betragende Abweichung in der Zeitrechnung reimen? [1]) —

Nach allem diesem ist es unzulässig, zweierlei Rechnungsarten vorauszusetzen, je nachdem es sich um Erwerb oder um Verlust eines Rechtes durch Ablauf einer gewissen Frist handelt. Eine solche Unterscheidung ist nicht nur quellenwidrig, sie widerstrebt auch der Natur der Sache [2]). Die Methode der Computation kann nur eine und dieselbe seyn. Sie ist an sich von jeder bestimmten Anwendung völlig unabhängig, und als solche den Grundsätzen der reinen Mathematik zu vergleichen. So wie diese in einzelnen Anwendungen modificirt werden können, so ließe sich denken, daß unser Computations-Prinzip unter dem Einfluß eines bestimmten Rechtsverhältnisses die eine oder andere Modification erführe. Wir würden dann einen solchen Fall als Ausnahme, die nothwendig in der Mehrzahl der Fälle vorliegende reine Anwendung des Prinzips als die Regel behandeln.

Nach der v. Savigny'schen Darstellung haben wir aber gar kein reines Computations-Prinzip, sondern nur zwei einander gar nicht berührende praktische Regeln, welche beide ein bestimmtes Gebiet der Anwendung in Anspruch nehmen, und gar nicht aus einer eigentlichen Berechnungstheorie, sondern, unabhängig von einer solchen, aus der Natur gewisser Rechtsverhältnisse hergenommen sind. —

Allein eben diese Natur blieb völlig unberücksichtigt. In einem einzigen Fall, bei der Restitution der Minderjährigen,

---

[1]) Unterholzner S. 298—300. und Erb S. 205. stellen völlig unhaltbare Distinctionen betreffend die longi temporis praescriptio auf.

[2]) Der Staatsrath Bigot-Préameneu sagt in seinem Exposé des motifs du titre XX. l. III. (Motifs du code civil. I. pag. 784.) mit vollem Recht: „l'était une distinction plus subtile que fondée en raison. L'ancien propriétaire, contre lequel on prescrit un fonds, n'est pas moins favorable, que le créancier, contre lequel on prescrit la dette."

ward dieſelbe in ſo fern beachtet, als man dem minor geſtattete, genauer als nach Kalendertagen, den Endpunkt ſeiner Minderjährigkeit zu beſtimmen. Ueberall ſonſt mußte in Folge einer reinen Anwendung der civilen Berechnungsweiſe auf die letzte Mitternacht zurückgegangen werden.

IX. L. 1. §. 9. D. de succ. edict (XXXVIII. 9.) (Ulp.)

„Quod dicimus, intra dies centum bonorum possessionem peti posse; ita intelligendum est, ut et ipso die centesimo bonorum possessio peti possit, quemadmodum intra kalendas etiam ipsae kalendae sint. Idem est, et si in diebus centum dicatur.“

L. 30. §. 1. D. ad leg. Jul. de adulter. (XLVIII. 5.) (Paul.)

„Sexaginta dies a divortio numerantur; in diebus autem sexaginta et ipse sexagesimus est.“

Die große Aehnlichkeit dieſer beiden Stellen kann Niemand entgehen. In beiden handelt es ſich um die Interpretation gewiſſer, eine Zeitbeſtimmung enthaltender Ausdrücke: in l. 1. um Erklärung des von dem Praetor im Edict gebrauchten Ausdrucks „intra C. dies“ (sc. B. P. dabo) [1]; in l. 30. ebenſo um Erklärung der in der lex Julia de adulteriis gebrauchten Worte, in welchen eine Friſt von 60 Tagen dem Ehemann und dem Vater der Ehebrecherin gegeben wurde, während welcher dieſe, mit Ausſchließung aller Fremden, die Anklage zu erheben, das Recht erhielten [2]. — In l. 1. c. hat

---

[1]) Daß dieß eben die eigenen Worte des Edicts ſind, ergiebt ſich nicht nur hauptſächlich aus unſerer l. 1. §. 9. c., ſondern ebenſo aus Ulp. XXVIII. §. 10. Auch die Stellen, welche intra *centesimum* diem ſagen, und ſo den Inhalt des Edicts mit der Ordinalzahl ausdrücken, können angeführt werden, da ſie gerade den Ausdruck, deſſen Interpretation die l. 1. §. 9. giebt, beibehalten. Vgl. l. 1. §. 8. de succ. ed. (38. 9.) l. 2. §. 4. D. quis ordo (38. 15.) v. Sav. S. 401. N. 6.

[2]) Aus dem Titel der Digeſten ad leg. Juliam de adult. (48. 5.) geht nur ſo viel mit Sicherheit hervor, daß dieß Geſetz zur Bezeichnung

Ulpian den Zweck, dem Mißverständniß, als seyen durch den Ausdruck „*intra* dies C.“ etwa nur 99 Tage gestattet, von vorn herein zu steuern. Jener Ausdruck, behauptet er daher, bezeichne, wie der andere „*in* diebus centum“, 100 Tage; der Ablauf von bloß 99 Tagen genüge weder dem einen noch dem andern. — Einem ähnlichen Mißverständniß will Paulus in l. 30. c. zuvorkommen. Hätten wir den ganzen Zusammenhang der Pauliniſchen Darſtellung, die Worte „in diebus autem LX et ipse sexagesimus est“, würden ſich wohl als gar nicht überflüſſiger Commentar einer dem Edictsausdruck „intra C. dies“ ſehr ähnlichen Zeitbezeichnung der Lex Julia de adulteriis darſtellen, und dadurch den Schein der Trivialität verlieren, der die von ihrem Texte getrennte Bemerkung des Paulus umgiebt. — Von Computation hier der 60, dort der 100 Tage iſt keine Rede. Mit keiner Sylbe iſt auch nur angedeutet, welchen Tag Paulus als den 60ſten, oder Ulpian als den 100ſten angeſehen haben will. Völlig räthſelhaft iſt es mir daher, wie v. Savigny (S. 400.) zu der Behauptung kommen kann, in l. 30. c. rechne Paulus den erſten Tag nicht mit. Ich bin im Gegentheil überzeugt, daß im Falle einer Anwendung der Lex Julia de adulteriis, der Tag der Scheidung oder der des begangenen Verbrechens als erſter Tag ſchon mit in die 60 eingezählt, mithin außer jenem nur noch 59 weitere zur Anklage geſtattet wurden. Dieß ergiebt ſich mit Nothwendigkeit aus dem Prinzip der

---

der von ihm geſtatteten Friſt die Worte „sexaginta dies“ wählte. Vergl. v. Savigny S. 400. N. a. — Die gebrauchte Präpoſition wird nicht genannt. Möglich, daß auch hier intra geſetzt war. Wahrſcheinlicher iſt mir jedoch der Gebrauch von in, ſo daß der Geſetzgeber ſich etwa folgenden Ausdrucks bedient haben mag: „marito patrique mulieris adulterae in diebus sexaginta ex die divortii computandis (vel si vidua sit, ex die commissi criminis) uxorem filiamve accusare licet.“ So viel ſcheint mir jedenfalls ſicher, daß dieſe Zeitbeſtimmung nicht ohne Hilfe einer Präpoſition ausgedrückt wurde.

Civil-Computation, welches jedoch Paulus in l. 30. ebenso unberührt läßt, wie Ulpian in l. 1. — Völlig unerklärlich, und in der That „allzu sonderbar" in dem Munde eines v. Savigny, klingt die Behauptung, der sexagesimus dies unserer lex sey genau derselbe Tag, welchen Paulus in l. 101. D. de R. J. „sexagesimus et primus" nennt, weil er hier den ersten Tag eben einrechne, in der l. 30. dagegen nicht. — Allein in beiden Fällen ist die Aufgabe der Interpretation eine völlig verschiedene. Die l. 101. c. erklärt den an sich unbestimmten Ausdruck „duo menses" durch den bestimmten, keinem weiteren Zweifel unterworfenen von 61 Tagen. Eine solche Reduction ist durch die von der Lex Julia gewählte Bezeichnung der Frist in Tagen dem Interpreten dieses Gesetzes erspart; — dagegen hat er die Präposition in (oder eine ähnliche) zu erklären, und dieß thut er in demselben Sinn, welchen Ulpian in l. 1. dem Worte „intra" beilegt. — Während dort 61 Tage als die von dem Gesetz (der Lex Julia municipalis) anberaumte Frist erscheinen, sind hier (in der L. Jul. de adulteriis) gleich von vorn herein nur 60 zur Anklage gestattet. Wollten wir diese 60, abweichend von der regelmäßigen civilen Computation, mit Ausschluß des ersten Tages, so berechnen, daß im Resultat 61 gestattet wären, so würden wir durch Anwendung desselben Prinzips die 61 der l. 101. c. zu 62 vermehren müssen. Dieß widerstritte aber theils dem klaren Wortlaut der Gesetze, welche eben von 60 und 61, nicht von 61 und 62 Tagen sprechen; theils würde es doch nie zu dem erwünschten Resultat führen, nämlich die Fristen der l. 101. und der l. 30. auszugleichen. Denn hier handelt es sich nicht, wie v. Savigny (S. 401.) behauptet, von einer „gedankenlosen, inconsequenten Willkühr" in der Computation zweier an sich gleicher Fristen; — die Fristen sind vielmehr selbst von Hause aus ungleich festgesetzt; und den entschiedensten Tadel verdient jede Interpretation, welche, wie die v. Savigny'sche, diese „ipsarum legum (Juliae mu-

nicipalis et Juliae de adulteriis) differentia" wegdisputiren will [1]).

X. L. 101. de regulis juris. (Paulus)

„Ubi lex duorum mensium fecit mentionem, et qui sexagesimo et primo die venerit, audiendus est; ita enim et Imperator Antoninus cum divo patre suo rescripsit."

Es konnte nach mehreren Stellen des theodosischen und des justinianischen Codex [2]) dem aufmerksamen Leser der Rechtsquellen nicht lange entgehen, daß diese l. 101. zunächst und eigentlich von denjenigen zwei Monaten spricht, welche zur Anbringung der Reclamation gegen die Wahl zu einem städtischen Amt gestattet waren. J. Gothofredus hebt diese Beziehung bestimmt hervor [3]). v. Savigny gelang es überdieß, die Lex Julia municipalis als diejenige nachzuweisen, von welcher Paulus in dem Fragment unserer Stelle zunächst spricht, und auf welche sich die authentische Interpretation der dort genannten Kaiser bezieht.

Auch in diese Stelle hat die Annahme einer ihrem Entscheide zu Grunde liegenden Computation Mißverständniß gebracht. Noch v. Savigny erklärt die 61 Tage als Resultat der Berechnung von zwei Monaten, d. h. von 60 Tagen. Nach ihm soll hier Paulus den Tag mitgezählt haben, an welchem der erwählte Duumvir die auf ihn gefallene Wahl erfahren hatte; — als novissimus dies wird dann der 61ste Tag, d. h. derjenige, in dessen Verlauf der mathematische Endpunkt fällt, angesehen [4]). Diese Interpretation hat in der That das Unglaubliche geleistet; sie hat aus 60 Tagen durch

---

[1]) Die l. 30. §. 1. c. wird richtig erklärt von v. Bangerow S. 263.

[2]) l. 8. Theod. Cod. de reparat. appell. — l. 10. Th. C. de appell. (11. 30.), l. 19. eod. — l. 2. Th. C. de decur. (XII. 1.) — l. 1. J. C. de tempor. et repar. (VII. 63.) v. Sav. S. 394. N. l. —

[3]) ad leg. 101. D. de R. J. ed. Genevae 1654. pag. 442.

[4]) Aehnlich ist die Erklärung von Göschen S. 593; unklar die Ansicht v. Bangerow's S. 263.

Anwendung verschiedener Kunststücke 61 zu machen gewußt! Sie geht von dem Satz aus, daß die einfache Interpretation von „duo menses“ nur 60 Tage gebe; daß aber die civile Computation diese 60 Tage zu 61 vermehre! Der novissimus dies (d. h. wörtlich: der letzte Tag) von zwei Monaten, d. h. von 60 Tagen, ist demnach der 61ste! — Dürften wir die 60 Tage so verstehen, daß ihre Zählung erst mit dem Tag nach Kenntnißnahme der Wahl begonnen würde, dann könnte derselbe Tag, welcher nach dieser Zählung der 60ste ist, nach der andern als der 61ste bezeichnet werden. — v. Savigny aber verwirft diese letztere Zählung ausdrücklich; — er rechnet den Tag der Kenntnißnahme als den ersten der 60 mit, und nennt nun doch den 61sten novissimus dies! Es ist aber überhaupt in unserer Stelle über die Computation der durch die Worte „duo menses“ bezeichneten Tagezahl nicht die geringste Andeutung enthalten. — Hätte es sich gerade hierum gehandelt, dann konnte Paulus doch offenbar nicht ohne die größte Unvorsichtigkeit unerwähnt lassen, was er eigentlich entscheiden wollte. — Halten wir uns genau an seine sehr klaren Worte, so finden wir keineswegs die Berechnung von zwei Monaten, die willkührlich als gleichbedeutend mit 60 Tagen behandelt werden; wir finden vielmehr eine einfache Interpretation des von der Lex Julia municipalis gewählten Ausdrucks: „duo menses“. Die Monate hatten in der Wirklichkeit damals wie heute einen verschiedenen Umfang: bald 28, bald 30, bald 31 Tage. Der Ausdruck mensis umfaßte also nicht, wie der Ausdruck dies oder annus, eine genau bestimmte, allgemein anerkannte, unzweifelhafte Zeitdauer. Auch die juristische Fiction, wonach mensis, wo es ohne nähere Bestimmung gebraucht wird, stets nur 30 Tage enthalten soll, hat in den Quellen keine Begründung [1]). Eben hieraus mußte sich für die Anwendung und Interpretation der Lex Julia munic. zunächst die

[1]) S. darüber das Nähere am Ende des folgenden Paragraphen.

Frage ergeben: wieviel Tage hat der Gesetzgeber unter dem Ausdruck „duo menses“ verstanden? Hat er den Monat zu 30 oder zu 31 Tagen gerechnet? (denn die Dauer von 28 Tagen erschien als einzelne Ausnahme, von welcher der Ausleger füglich absehen konnte.) v. Savigny nimmt nun freilich an, darüber habe kein Zweifel obwalten können, ein Monat sey stets gleich 30, 2 Monate daher stets gleich 60 Tagen [1]). Die beiden Antonine dagegen, auf deren Rescript sich Paulus bezieht, sahen sich ihrerseits veranlaßt, durch eine authentische Interpretation jenen Zweifel zu heben, und als die Meinung des Gesetzgebers die Summe von 61 Tagen festzusetzen. Diese hatte eben die größte Wahrscheinlichkeit für sich, da zwar nicht ausschließlich, aber doch regelmäßig zwei Monate von 30 und 31 Tagen mit einander wechseln, ein „duorum mentium spatium“ daher in der Regel weder 60 noch 62, sondern eben 61 Tage betragen wird. Hierauf macht schon J. Gothofredus in seinem Commentar ad l. 101. D. de R. J. aufmerksam. „Possit quoque non improbabiliter dici, ideo eum, cui praestituti sunt duo menses ad quid agendum, sexagesimo primo die venientem audiendum, eo quod disparibus et alternantibus inter se ferme mensibus unus 30 dierum sit, alter 31, seu unus plenus, alter cavus, ut loquebantur: de quo Censorinus de die natali. c. 20.“ — Hiegegen weiß v. Savigny (S. 396.) Nichts zu bemerken, als daß die Annahme eines „solchen mittlern Durchschnitts“ völlig vereinzelt dastehe. Indeß könnte dieser Einwurf doch nur beachtet werden, wenn es sich um Computation handelte. Die Interpretation dagegen bezieht sich ihrer Natur nach auf gewisse einzeln stehende Ausdrücke, und wird da besonders thätig, wo bei dem Mangel einer bestimmten Regel nur nach einem hohen Grade von Wahrscheinlichkeit gefragt werden kann. — Durch die Aufnahme unserer Stelle in die Digesten hat übrigens Justinian

[1]) Ebenso Puchta Pandekten S. 54.

jener „ganz vereinzelten" Annahme eine weit über die Gränzen der ursprünglichen Anwendung gehende Bedeutung gegeben. Denn nun muß man überall, wo in dem ganzen Umfange unserer Rechtsquellen „duo menses" genannt werden, stets an 61 Tage denken. Also nicht mehr bloß die duo menses der Lex Julia munic. sollen als gleichbedeutend mit 61 Tagen angesehen werden, sondern ebenso die zwei Monate, durch deren Ablauf eine nicht schriftlich geleistete Bürgschaft ihre Kraft verlor; ferner die zwei Monate bei dem Verkauf der Emphyteuse, bei der Compensation gegen den Fiscus, bei dem Verkauf einer vom Richter abgepfändeten Sache [1]). In allen diesen Fällen werden wir nun den Ausdruck „zwei Monate" als Bezeichnung einer 61tägigen Frist anzusehen haben. Da aber diese Bestimmung durchaus nur auf Interpretation und nicht auf Computation beruht, so ist klar, daß für die Dauer und Berechnung irgend einer andern nach Monaten bezeichneten Frist aus dieser Interpretation der „duo menses" durchaus nichts gefolgert werden kann. Die von Paulus gegebene Erklärung ist auf 2monatliche Fristen beschränkt, und auf Fristen von anderem Umfang ohne alle Anwendung [2]). —

Diese Interpretation ist der einzige Inhalt unserer Stelle. Wie nun die 61 Tage berechnet werden sollen, darüber spricht sich Paulus durchaus nicht aus. Das verstand sich auch nach dem so höchst einfachen, überall gleichmäßig angewendeten Prinzip der civilen Computation so sehr von selbst, daß hierüber ausführlicher zu sprechen völlig unnütz erscheinen mußte. Namentlich läßt sich nicht denken, daß die richtige Anwendung der civilen Zeitberechnung auf den Fall der zwei

---

[1]) Es scheint mir nämlich unzulässig, mit J. Gothofredus l. c. anzunehmen, daß die von Paulus gegebene Interpretation von „duo menses" nur da gelten dürfe, wo eine *Lex*, aber nicht da, wo z. B. das Edict des praefectus praetorio (l. 27. C. de fideiuss.) eine solche Zeitbestimmung festgesetzt habe.

[2]) Anders v. Sav. S. 399.

Monate Gegenstand eines besondern kaiserlichen Rescripts gewesen wäre. Völlig unerklärlich bliebe auch das Wörtchen *ita;* denn es kann allerdings die Verbindlichkeit der Interpretation eines gesetzlichen Ausdrucks auf den kaiserlichen Willen zurückgeführt werden, nimmermehr aber die an sich völlig sichere Anwendung des Computations-Prinzips auf den besondern Fall. — Das Wort „audiendus" weist darauf hin, daß die authentische Interpretation, welche uns Paulus aufbewahrt hat, dem 2monatlichen Zeitraum eine größere Ausdehnung giebt, als die, an welche man auch, und vielleicht zunächst denken möchte. — Diese kleinere Frist sind eben die 60 Tage, auf welche die reine Multiplication der Monatszahl mit der runden Tagezahl 30 führt. Enthält dagegen unsere Stelle Nichts als ein Beispiel civiler Berechnung, so war das Resultat so vollkommen unzweifelhaft, daß durchaus nicht von der Möglichkeit einer größern oder geringern Ausdehnung der besagten Frist, sondern einzig und allein von richtiger oder falscher Berechnung derselben die Rede seyn konnte. — Manche haben in dem Worte „audiendus" die Hindeutung auf eine besondere Gnade oder Milde gefunden, welche die Zugabe eines Tages veranlasse [1]). — Diese Annahme muß auch von dem Standpunkt der Interpretation aus völlig verworfen werden. Die Kaiser beabsichtigten in ihrer Reduction der 2monatlichen Frist auf 61 Kalendertage keineswegs eine Gunstbezeugung für den zum Decurionat Berufenen, sondern gaben schlechtweg dem wahrscheinlichsten Sinn des Ausdrucks ihre kaiserliche Genehmigung.

Aus unserer Erklärung ergiebt sich, wie verkehrt jeder Versuch der Vereinigung dieses Fragments mit andern, in denen nicht von „duo menses", sondern von „LX dies" die Rede ist, seyn muß. Diesen Mißgriff begeht schon Eustathius,

---

[1]) Vergl. v. Sav. S. 395. N. r.

der den Fall der l. 101. D. de R. J. unter der Rubrik περὶ ξ' ἡμερῶν (de praescriptione 60 dierum) aufzählt. (§. 7.) Jenen Fehler rügt J. Gothofredus sehr nachdrücklich [1]). Und doch ist v. Savigny wieder in denselben verfallen. Seine Interpretation der Stelle geht namentlich aus dem Bestreben hervor, diese 2monatliche Appellationsfrist mit der Vorschrift, welche dem Manne und Vater 60 Tage zur Anklage wegen Ehebruchs gestattet, in Uebereinstimmung zu bringen. (S. 395.) — Ein solcher Versuch ist völlig verwerflich; denn es handelt sich ja keineswegs um zwei verschiedene Computationen einer und derselben Frist, sondern vielmehr um zwei gesetzlich verschieden bestimmte Fristen, deren Berechnung dahin gestellt bleibt [2]).

Das Resultat ist dieses: Paulus denkt nicht daran, in unserer Stelle die allgemein anwendbare Regel zu geben, daß man auf das momentum temporis gar keine Rücksicht zu nehmen, sondern stets den letzten Tag (nach v. Savigny's Erklärung des novissimus dies) ganz zum Handeln frei habe; — wie könnte er in diesem Falle das Moment völlig unerwähnt lassen? — er giebt vielmehr die Länge einer monatlichen Frist nach Tagen an; die Zählungsweise und Computation dieser Tage wird nicht erklärt; vielmehr die civile Berechnung als allgemein bekannt vorausgesetzt. —

XI. In einer besondern Beziehung zu der erklärten l. 101. D. de R. J. steht die l. 2. Th. C. de decurion. (XII. 1.)

---

[1]) p. 446. „Et in commune haec capitalis hac parte fraus fuit; quod praescriptionem duorum mensium cum LX diebus confundunt, et Graeci et Cujacius ipse: qui ideo libris suis: de temporalibus praescriptionibus (περὶ χρονικῶν δια στιχιάτων), de utroque unum caput fecere, περὶ ξ ἡμερῶν, de diebus LX."

[2]) Dasselbe ist in allen Fällen zu behaupten, in welchen ausdrücklich von einer gewissen Anzahl Tage gesprochen und der Ausdruck Monat vermieden wird. Vgl. das Capitel de LX diebus bei Eustathius.

„Quoniam dubitasti, utrum ex numero dierum, an ex nominatione kalendarum, computari duum mensium spatia debeant, forma publici juris observanda est, quae manifeste declarat, quid pro dierum diversitate praeceperit comprehendi.“ (Constantinus ad Crispinum a. 315.)

Die zwei Monate, um deren Berechnung es sich hier handelt, werden von J. Gothofredus in seinem Commentar zu dieser Stelle, mit Recht auf die Appellationsfrist bezogen, welche die Lex Julia municip. dem zum Decurionat Ernannten gestattete. Die forma publici juris [1]), auf welche Constantin hinweist, ist sonach wohl nichts Anderes, als jene in dem Rescript des Severus und Caracalla enthaltene authentische Interpretation. — Dieser gemäß sollten die zwei Monate nicht von Kalendertag zu Kalendertag, also wenn der Erwählte am 1. Jan. die Wahl erfahren hatte, nicht von den Kalenden des Januars zu den Kalenden des März, sondern ohne alle Rücksicht auf die natürliche Länge der einzelnen Monate zu 61 Tagen berechnet werden. Diese 61 Tage sind eben in Betracht der Verschiedenheit der einzelnen Monatsdauer („pro dierum diversitate“ gleichbedeutend mit pro *numeri* dierum diversitate) ein für allemal so angenommen. — Der von Crispinus aufgeworfene Zweifel ist also keineswegs, wie v. Savigny S. 342. N. t. behauptet, bloß erwähnt, und nicht entschieden. Durch die Hinweisung auf jene authentische Interpretation der L. Julia municip. ist allerdings „manifeste declaratum“, was unter den zwei Monaten zu verstehen sey.

Die Unrichtigkeit der Gothofred'schen Interpretation ergiebt sich schon aus dem Vorschlag „*rerum* diversitate“ für dierum diversitate, und aus der Erklärung des Wortes „comprehendi“ durch intelligi. — Völlig irrig ist aber die Annahme,

[1]) Für diesen Ausdruck vergl. l. 23. C. de excusat. tut. et curat. (V. 62.) — L. 4. C. ne de statu defunctor. (VII. 21.) — L. 2. C. quando provoc. non est nec. (VII. 64.)

wonach eine forma publici juris ein Gesetz oder wenigstens eine allgemeine Gewohnheit seyn soll, den Monat stets zu 30 Tagen zu rechnen; eine Gewohnheit, die nach Livius (1. 19.) und Plutarch's (in vita Numae) Zeugniß schon Numa beobachtet habe. — Hätte eine solche Gewohnheit je bestanden, wie konnte in manchen Stellen davon abgegangen, wie konnte sie selbst in Constitutionen der Kaiser so ausdrücklich hintangesetzt werden? — Justinian spricht in l. 2. u. 5. pr. C. de temp. appell. (VII. 63.) von einer Appellationsfrist von drei Monaten, die er ausdrücklich zu 93 Tagen berechnet [1]). Mit dem einfachen Bemerken, daß diese Bestimmung zu vereinzelt stehe, als daß sie beachtet werden könne [2]), läßt sich hier nicht helfen. Sie ist und bleibt ein Zeugniß dafür, daß auch ein Zeitraum von 31 Tagen, und nicht nur der von 30 „mensis" genannt werden konnte; eben dadurch ward es auch möglich, von den zwei Monaten der Lex Julia municip. den einen zu jener Tagezahl anzuschlagen. — Geläugnet soll keineswegs werden, daß in vielen, ja in den allermeisten Stellen gerade ein Zeitraum von 30 Tagen als Monat bezeichnet ist, jedoch wird auch in diesen Stellen stets Sorge getragen, die angenommene Tagezahl zu bemerken, weil der Ausdruck mensis, ohne diese nähere Bezeichnung gebraucht, unbestimmt und zweideutig wäre.

So hat die L. Julia de adulteriis eine Frist von 60 Tagen vorgeschrieben. Diese wird von den alten Interpreten gelegentlich eine 2monatliche Frist genannt [3]). Einen Zweifel konnte

---

[1]) „Aliis trium mensium spatiis, id est *nonaginta et tribus diebus*, simili modo sequentibus."

[2]) Savigny S. 339. — Auch Huschke's Zusammenstellung dieser 93 Tage mit den 33 bei der clavigatio von Alters her gebräuchlichen scheint mir unannehmbar. Huschke, Verf. des Serv. Tull., S. 144. N. 54.

[3]) L. XI. §. 6. D. ad L. Jul. de adult. (48. 5.)

dieſer, der Kürze wegen ſo gewählte, Ausdruck nicht erregen, da das Geſetz ſelbſt die Tagezahl beſtimmt hatte.

Cenſorinus (de die nat. c. 11.) erzählt uns die Anſicht des Pythagoras über die Tagezahl, nach deren Verfluß ein Kind geboren wird; — und nennt dabei den „qui decimo et ducentesimo die post conceptionem“ zur Welt kommt, einen septemmestris; den, welcher „die CCLXXIIII“ das Licht erblickt, einen partus decemmestris [1]). — Man ſieht, daß auch hier die Berechnung der Tage ſich nicht auf die Angabe der Monate ſtützt, ſondern umgekehrt die von vorn herein beſtimmte Tagezahl der kürzern und bequemern adjectiviſchen Monatsbezeichnung zu Grunde liegt. Es iſt dieß um ſo unzweifelhafter, da der Ausdruck p. septemmestris von dem Ablauf, der folgende: p. decemmestris nur von dem Beginne des 10ten Monats verſtanden werden ſoll [2]).

Wenn Juſtinian in der l. 22. C. de jure delib. (17. 30.) die Friſt der 90 Tage, innerhalb welcher der Erbe das Inventar angefangen und vollenden ſoll, hinterher (§. 11.) eine Friſt von drei Monaten nennt, ſo iſt dieſe Bezeichnung wiederum durchaus kein Beweis dafür, daß der Ausdruck mensis ſtets nur eine Zahl von 30 Tagen umfaßt, ſondern vielmehr dafür, daß unter andern auch 30 Tage als Monat bezeichnet werden können. Wäre aber dieſe Zahl nicht zuerſt genannt, ſo würde der bloße Ausdruck mensis dieſelbe zweifelhaft laſſen. — Ganz in gleicher Weiſe nennt Juſtinian in einer neueren Verordnung über die Appellationsfriſten (Nov. 115. c. 2.) einen Zeitraum von 30 Tagen hinterher einen Monat. — Wären ſtatt 30, 31 geſtattet, auch dieſe Friſt hätte mit demſelben Recht

---

[1]) Auch Paulus (p. 5. IV. t. 9. §. 5.) gebraucht, unter ausdrücklicher Beziehung auf jene pythagoräiſche Tagezahl, den Ausdruck „ut aut septimo pleno. aut decimo mense partus maturior videatur“.

[2]) Eben deßhalb ſagt Paulus a. a. O. „septimo *pleno*, aut decimo mense“.

wie früher in l. 2. u. 5. pr. C. de temp. appellat., als eine Monatsfrist bezeichnet werden können. —

Aus allem diesem ergiebt sich die Richtigkeit der oben gemachten Bemerkung, wonach sich der Ausdruck mensis von annus nicht nur in der Dauer der bezeichneten Zeitfrist, sondern namentlich auch dadurch unterscheidet, daß mensis gar keine bestimmte Anzahl Tage, etwa 30 umfaßt, während annus stets und unwandelbar 365 Kalendertage enthält. Mit andern Worten: es giebt keine juristische Monate, wie es juristische Jahre von 365 Kalendertagen giebt; es giebt vielmehr individuelle Monate, von verschiedener Dauer, namentlich von bald 30, bald 31 Tagen; — und daher kommt es, daß sowohl 30 als 31tägige Fristen als Monate bezeichnet werden.

Dieser Unbestimmtheit wegen haben die Gesetze, namentlich der früheren Zeit, die von ihnen anberaumten Fristen niemals in Monaten, sondern stets in Tagen oder in Jahren und deren Bruchtheilen bezeichnet. Das tempus judicati bestimmen die XII Tafeln zu 30 Tagen, die Dauer der Fesselung zu 60. (Gellius XX. 1. §. 45 seq.) In ähnlicher Weise sind später die Fristen der bonorum possessio et venditio angeordnet. Gaj. III. §. 79. Die Lex Aquilia spricht von 30 Tagen und von einem Jahre. — Das ädilicische Edict gestattet 60 Tage zur Rückforderung der Zugthiere ornamentorum nomine (l. 38. pr. D. de aedil. edicto. (21. 1.) — Die Lex Silvani et Carbonis knüpfte die Aufnahme in's römische Bürgerrecht unter andern an die Bedingung „si sexaginta diebus apud Praetorem essent professi". (Cic. pro Archia c. 3.) — Die Lex Julia municip. selbst setzt bei einer Gelegenheit eine Frist von 30 Tagen (Haubold. mon. p. 109.), bei einer andern eine solche von 60 Tagen an. (H. p. 129. 130.)

Diesen Beispielen der Zeitbestimmung nach Kalendertagen, welche sich leicht noch durch andere vermehren ließen, haben wir aus der ganzen Zeit der Republik keine ähnliche Zeitbestimmungen in Monaten ausgedrückt, an die Seite zu setzen.

Nur die halbjährige Frist wird in der Regel durch sex menses bezeichnet. So die alte Prozeßverjährung: litem anno et sex mensibus mori; — so in dem ädiliciſchen Edict, welches den Antrag auf Redhibition kranker Thiere und ebenso die Actio quanti minoris „in sex mensibus“ gestattet. (l. 38. pr. D. de aedil. ed. 21. 1.); — so bei der Bestimmung, daß der Ehemann zur Strafe gewisser geringerer Vergehungen die dos der Frau „senum mensium die“ zurückzahle. Aehnlich lautete das Cäſar'ſche Gesetz, wonach die Schulden „sexiem semestri die“ zurückgezahlt werden sollten. (So ist nach Niebuhr's unzweifelhafter Conjectur in Cäſars bellum civile III. 20 in f. zu lesen.) So gestattete endlich die Lex Julia den Frauen eine vacatio von einem Jahr nach dem Tode des Mannes, von sechs Monaten nach der Scheidung; — die Lex Papia: zwei Jahre von dem Tode des Mannes, ein Jahr und sechs Monate nach der Scheidung. In allen diesen Fällen ward nicht an die Multiplication einer bestimmten Tagezahl — seyen es nun 30 oder 31 — durch die Anzahl der Monate, sondern vielmehr an eine Halbirung der Jahresdauer gedacht. — Sehr anschaulich wird dieß Verhältniß aus der Vergleichung der halbjährigen Termine bei der Rückzahlung der dos mit denjenigen Terminen, die dem schuldlosen Manne gestattet sind, und denjenigen, welche die volle Strafe des Ehebruchs enthalten. Die dos, welche bei völliger Schuldlosigkeit des Mannes „annua, bima, trima die“ zurückbezahlt werden soll, muß bei geringern Vergehen „senum mensium die“ d. h. nach Verfluß der Hälfte jener Zeit, — und im Falle des adulterium, alsobald ohne alle Stundung zurückgezahlt werden. — Ebenso dürfen wir durchaus nicht annehmen, daß Cäſar's Bestimmung „sexies semestri die“ der in solchen Fällen gewöhnlich gestatteten Summe der Zeit von drei Jahren nicht gleich gekommen sey. — Nicht weniger werden die sex menses des ädiliciſchen Edicts zu der Jahresfrist in einen bestimmten Gegensatz gesetzt. — Die Lex Julia wollte durch ihre Bestimmung „litem anno et sex men-

sibus mori" nicht etwa ein Jahr und 180 Tage, sondern genau anderthalb Jahre bezeichnen [1]).

Diese Halbirung der Jahresdauer kann an sich auf doppelte Art gedacht werden: entweder als Halbirung der Tagezahl (ex numero dierum), oder so, daß nur der Ablauf der nächsten sechs Monate verlangt wird (ex nominatione dierum). Die erste Annahme ergiebt 182 Tage und einen Bruchtheil; die zweite dagegen rechnet von dem Kalendertag, mit welchem die Frist beginnt, auf den gleichnamigen Tag des VII. Monats, z. B. von dem 1. Januar zu dem 1. Julius. — Von der Berechnung des halben Jahres zu 182 Tagen findet sich in unsern Rechtsquellen keine Spur. v. Savigny (S. 339.) behauptet zwar, daß die Annahme der 182 Tage, als kürzesten Zeitraums der Schwangerschaft, [l. 3. §. 12. D. de suis (38. 16.)] gerade auf jener Halbirung beruhe, wobei die römischen Juristen der Kürze wegen den Bruch weggelassen. — Allein es scheint mir mehr als unwahrscheinlich, daß der berühmte Arzt Hippocrates, auf den die Annahme des 182ten Tages ausdrücklich zurückgeführt wird, keinen bessern Grund, als die Halbirung des bürgerlichen Jahres gehabt haben sollte. Obwohl zufällig gerade die Hälfte [2]), so stützt sich jene Zahl doch wohl nur auf die Naturbeobachtung. — Zu der Annahme der Berechnung des halben Jahres nach dem Ablauf der sechs nächstliegenden Monate nöthigt uns dagegen die Beobachtung, daß die Berechnung der nach Monaten bestimmten Fristen regelmäßig von Kalendertag zu Kalendertag (ex nominatione dierum), ohne Rücksicht auf die individuelle Dauer der einzelnen

---

[1]) Ein ähnlicher Gegensatz von annus und sex menses findet sich in l. 60. pr. D. 32.

[2]) Die Idee der Halbirung des Jahres wird auch durch den Ausdruck „*septimo* mense" natus von einem am 182ten Tage Gebornen ausgeschlossen. l. 12. D. de statu homin. (1. 5.) — Gellius N. A. III. c. 16. §. 1. —

Monate geschieht. — Auf diese Weise berechnet Papinian in l. 7. §. 1. u. 2. D. *soluto matr.* (24. 3.) die Vertheilung der Dotalfrüchte des letzten Ehejahres. — Hier werden die Kalendermonate, also z. B. der Zeitraum von den Kalenden des März bis zu den Kalenden des April (§. 2.) als Zwölftheile des Jahres behandelt; — sechs solcher Kalendermonate, mögen sie nun einzeln von höchst verschiedener Dauer seyn, geben nach dieser Berechnung $^6/_{12}$, oder genau die Hälfte des Jahres. — v. Savigny (S. 340.) beschuldigt hier den Papinian, weil er mit ihm nicht übereinstimmt, der Ungenauigkeit.

b) Ganz im Einklang mit Papinian steht die Bemerkung Ulpian's in l. 1. §. 32. D. de *aq. quotid. et aestiv.* (43. 20.) Hier wird das ganze Jahr in Sommer und Winter, beide zu je sechs Monaten, getheilt, und der Sommer ab aequinoctio verno ad aequinoctium autumnale gerechnet. Hierin liegt ein unmittelbares Zeugniß, daß die sechs Monate nicht nach einer bestimmten Anzahl Tage, sondern von Kalendertag zu Kalendertag gerechnet wurden. — Entsprechend hiermit ist in §. 34. von dem aequin. vernum bis zu dem zweiten aequin. autumnale ein Zeitraum von einem Jahr und sechs Monaten angenommen.

c) Es ist bekannt, daß seit den ältesten Zeiten eine Wittwe innerhalb 10 Monaten nach dem Tode des Mannes nicht zur zweiten Ehe schreiten durfte. Die Dauer von 10 vollen Monaten wurde nämlich als äußerste Gränze der möglichen Schwangerschaft angesehen[1]), und deßhalb, zur Verhütung der sanguinis turbatio, jenem Verbot zu Grunde gelegt. In Anwendung desselben Grundsatzes sah sich das nach Ablauf der ersten 10 Monate von dem Tode des Vaters an, von der Wittwe geborene

---

[1]) Gellius N. A. III. c. 16. §. 1. In §. 12. wird bemerkt, daß auch die XII Tafeln diesen Satz gesetzlich anerkannten. „— — quoniam decemviri in decem mensibus gigni hominem, non in undecimo scripsissent."

sibus mori" nicht etwa ein Jahr und 180 Tage, sondern genau anderthalb Jahre bezeichnen [1]).

Diese Halbirung der Jahresdauer kann an sich auf doppelte Art gedacht werden: entweder als Halbirung der Tagezahl (ex numero dierum), oder so, daß nur der Ablauf der nächsten sechs Monate verlangt wird (ex nominatione dierum). Die erste Annahme ergiebt 182 Tage und einen Bruchtheil; die zweite dagegen rechnet von dem Kalendertag, mit welchem die Frist beginnt, auf den gleichnamigen Tag des VII. Monats, z. B. von dem 1. Januar zu dem 1. Julius. — Von der Berechnung des halben Jahres zu 182 Tagen findet sich in unsern Rechtsquellen keine Spur. v. Savigny (S. 339.) behauptet zwar, daß die Annahme der 182 Tage, als kürzesten Zeitraums der Schwangerschaft, [l. 3. §. 12. D. de suis (38. 16.)] gerade auf jener Halbirung beruhe, wobei die römischen Juristen der Kürze wegen den Bruch weggelassen. — Allein es scheint mir mehr als unwahrscheinlich, daß der berühmte Arzt Hippocrates, auf den die Annahme des 182ten Tages ausdrücklich zurückgeführt wird, keinen bessern Grund, als die Halbirung des bürgerlichen Jahres gehabt haben sollte. Obwohl zufällig gerade die Hälfte [2]), so stützt sich jene Zahl doch wohl nur auf die Naturbeobachtung. — Zu der Annahme der Berechnung des halben Jahres nach dem Ablauf der sechs nächstliegenden Monate nöthigt uns dagegen die Beobachtung, daß die Berechnung der nach Monaten bestimmten Fristen regelmäßig von Kalendertag zu Kalendertag (ex nominatione dierum), ohne Rücksicht auf die individuelle Dauer der einzelnen

---

[1]) Ein ähnlicher Gegensatz von annus und sex menses findet sich in l. 60. pr. D. 32.

[2]) Die Idee der Halbirung des Jahres wird auch durch den Ausdruck „*septimo* mense" natus von einem am 182ten Tage Gebornen ausgeschlossen. l. 12. D. de statu homin. (1. 5.) — Gellius N. A. III. c. 16. §. 1. —

Monate geschieht. — Auf diese Weise berechnet Papinian in l. 7. §. 1. u. 2. D. *soluto matr.* (24. 3.) die Vertheilung der Dotalfrüchte des letzten Ehejahres. — Hier werden die Kalendermonate, also z. B. der Zeitraum von den Kalenden des März bis zu den Kalenden des April (§. 2.) als Zwölftheile des Jahres behandelt; — sechs solcher Kalendermonate, mögen sie nun einzeln von höchst verschiedener Dauer seyn, geben nach dieser Berechnung $^6/_{12}$, oder genau die Hälfte des Jahres. — v. Savigny (S. 340.) beschuldigt hier den Papinian, weil er mit ihm nicht übereinstimmt, der Ungenauigkeit.

b) Ganz im Einklang mit Papinian steht die Bemerkung Ulpian's in l. 1. §. 32. D. de *aq. quotid. et aestiv.* (43. 20.) Hier wird das ganze Jahr in Sommer und Winter, beide zu je sechs Monaten, getheilt, und der Sommer ab aequinoctio verno ad aequinoctium autumnale gerechnet. Hierin liegt ein unmittelbares Zeugniß, daß die sechs Monate nicht nach einer bestimmten Anzahl Tage, sondern von Kalendertag zu Kalendertag gerechnet wurden. — Entsprechend hiermit ist in §. 34. von dem aequin. vernum bis zu dem zweiten aequin. autumnale ein Zeitraum von einem Jahr und sechs Monaten angenommen.

c) Es ist bekannt, daß seit den ältesten Zeiten eine Wittwe innerhalb 10 Monaten nach dem Tode des Mannes nicht zur zweiten Ehe schreiten durfte. Die Dauer von 10 vollen Monaten wurde nämlich als äußerste Gränze der möglichen Schwangerschaft angesehen[1]), und deßhalb, zur Verhütung der sanguinis turbatio, jenem Verbot zu Grunde gelegt. In Anwendung desselben Grundsatzes sah sich das nach Ablauf der ersten 10 Monate von dem Tode des Vaters an, von der Wittwe geborene

---

[1]) Gellius N. A. III. c. 16. §. 1. In §. 12. wird bemerkt, daß auch die XII Tafeln diesen Satz gesetzlich anerkannten. „— — quoniam decemviri in decem mensibus gigni hominem, non in undecimo scripsissent.“

Kind von der Intestat-Erbfolge ausgeschlossen [1]). — Eben diese 10 Monate haben auch in der Trauerzeit der Eltern und der Kinder über 10 Jahre, ihre Anwendung gefunden [2]). Zwar handelt es sich hier um Nichts weniger, als um eine sanguinis turbatio; daß aber in beiden Fällen dennoch völlig dieselbe Zeitbestimmung gemeint ist, wird auch durch die Bemerkung Ulpian's bestätigt, wonach die im Edict vorkommende Erwähnung der Trauer für das Eheverbot eine bloße Zeitbestimmung seyn soll [3]).

Diese 10 Monate, als längste Dauer der Schwangerschaft, werden nicht in einer bestimmten unabänderlichen Anzahl Tage angegeben, wie der Termin der kürzesten Dauer, noch, wie die 182 Tage, auf die bestimmte Angabe des Hippocrates zurückgeführt [4]). Wir wissen im Gegentheil aus Gellius N. A. III. c. 16. §. 20., daß dieser Arzt die längste Dauer der Schwangerschaft nur sehr annäherungsweise zu bestimmen wagte [5]). Die Annahme der 10 Monate ist daher als ein uralter Satz des rö-

---

[1]) l. 3. §. 11. D. de suis. (38. 16.) „Post X menses mortis natus non admittetur ad legitimam hereditatem."

[2]) Vat. fr. §. 321. „Lugendi autem sunt parentes anno, item liberi majores X annorum aeque anno, quem annum X mensium esse Pomponius ait, nec leve argumentum est annum decem mensium esse, cum minores liberi tot mensibus elugeantur quot annorum decesserint usque ad trimatum; minor trimo non lugetur, sed sublugetur; minor anniculo neque lugetur neque sublugetur."

[3]) l. 11. §. 1. D. de his qui not. (3. 2.). Auch Plutarch im Numa c. 12. stellt das Eheverbot für die Wittwen, und das Trauergebot für Kinder und Eltern zusammen.

[4]) In den Stellen, welche von Hippocrates sprechen, ist stets nur von der kürzesten möglichen Dauer die Rede. l. 3. §. 11. 12. D. de Suis (38. 16.); l. 12. D. de statu hom. (1. 5.)

[5]) Hippocrates autem in eo libro, de quo supra scripsi, cum et numerum dierum, quibus conceptum in utro coagulum conformatur, et tempus ipsius partionis *nono aut decimo mense* definisset, neque id tamen semper eadem esse fini dixisset, sed alias ocius fieri alias serius."

mischen Rechts anzusehen. Und in der That finden wir denselben auf Numa (Plutarch in Numa c. 12.) zurückgeführt, und in den 12 Tafeln recipirt. (Gellius l. c.) Schon dieß würde uns berechtigen, hier dasjenige anzunehmen, was wir für die Erklärung der 182 Tage bestimmt von der Hand gewiesen haben, nämlich eine Beziehung zu der Jahresdauer. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß die 10 Monate das alte Jahr von 304 Tagen sind. Die vaticanischen Fragmente sprechen ausdrücklich von diesem 10monatlichen Jahr, wiewohl zunächst nur in Beziehung auf die Trauer und nicht auf die Wittwenzeit. — Als nun späterhin dieß 10monatliche Jahr mit dem 12monatlichen vertauscht wurde, bezeichnete man die ehemalige Frist nicht mehr als eine jährige, sondern jetzt als eine 10monatliche [1]). Wollten wir nun annehmen, daß hier der Monat nothwendig zu 30 Tagen gerechnet werden muß, so würde hiedurch der alte Zeitraum, den man doch keineswegs ändern, sondern nur anders bezeichnen wollte, plötzlich um 4 Tage verkürzt. Eben deßhalb kann diese einfache Multiplication der Monatszahl (10) mit der Tagezahl (30) nicht als die römische Monatsberechnung angesehen werden. Die Römer zählten vielmehr von Kalendertag zu Kalendertag.

d) In den vaticanischen Fragmenten (§. 321.) wird übereinstimmend mit Plutarch (in Numa c. 12.) berichtet, daß das 10jährige Kind ein Jahr (d. h. ein 10monatliches Jahr) betrauert werde; dagegen ein Kind über drei Jahre so viele Monate, als es Jahre alt geworden ist, ein 8jähriges Kind also 8, ein 9jähriges 9 Monate [2]). Wollten wir hier für diese 9 Mo-

---

[1]) Diese Frist wurde erst in der spätern Kaiserzeit um zwei Monate verlängert, d. h. wieder mit der Jahreslänge in Uebereinstimmung gebracht. l. 2. C. de sec. nupt. (V. 9.)

[2]) Ganz andere Bestimmungen enthält Paulus V. S. 1. t. 21. §. 13.; eine Stelle, welche allein auf der sehr verdächtigen Autorität eines von Cujacius benutzten Codex von Besançon beruht. S. v. Savigny System 11. S. 551—553.

Nonen auf den 7ten, mithin die Iden auf den 15ten Monatstag fielen [1]).

Es ist klar, daß diese, jetzt erst eintretende Verschiedenheit, an der alt hergebrachten Monatsberechnung von Kalendertag zu Kalendertag durchaus nichts ändern konnte.

Die Fälle, in welchen unsere Regel der Monatsberechnung zur Anwendung kommt, sind der Zahl nach gar nicht unbedeutend. — Sie rühren alle aus der Kaiserzeit her [2]). In dieser erst konnte, seit Cäsar durch seinen neuen Kalender die alte Verwirrung und Willkühr unmöglich gemacht hatte, der Monat eine gangbare Fristbezeichnung werden. Früher mochten weder Privaten, noch Magistrate oder Gesetzgeber sich dem völlig regellosen Intercalationssystem der Pontifices überlassen, das einmal zur Ausgleichung in einem Jahr die Einschaltung von 23 Tagen im Februar, und von 67 andern im November und December erforderte [3]).

Zum Beschluß dieser Darstellung der römischen Monatsberechnung soll die Frage erörtert werden, ob der gleichnamige Monatstag, auf welchen hin gerechnet wird, noch innerhalb der Gränzen der gestatteten Frist, oder schon außerhalb derselben liegt; ob also z. B. die redhibitorische Klage, welche am 1. Jan. zuerst zusteht, noch am 1. Julius, oder zuletzt am 30. Junius angestellt werden kann. — Zwei uns schon be-

---

[1]) Censor. LXX. §. 10. „Quapropter nunc, cum in septem mensibus dies singuli et triceni sint, quatuor tamen illi ita primitus instituti eo dinoscuntur, quod nonas habent septimanas, ceteri quinctanas.“

[2]) Eine Anzahl derselben hat v. Savigny IV. S. 341 zusammengestellt. Sie können aus Eustathius leicht vervollständigt werden. Es bedarf dabei kaum der Bemerkung, daß alle 2monatliche Fristen gemäß der abstracten Gestalt, welche die Interpretation der L. Julia munic. in den Dig. (L. 101. de R. J.) angenommen hat, unabhängig von der individuellen Monatsdauer zu 61 Kalendertagen gerechnet werden müssen.

[3]) Censorinus de d. n. c. 20.

kannte Stellen, l. 7. D. *sol. matrim.* (24. 3.) und l. 1. §. 34. D. de aq. *quotid. et aest.* (43. 20.) lassen hierüber keinen Zweifel. In der letzten Stelle nennt Ulpian den Tag vor dem aequinoctium auctumnale den letzten Termin für Anstellung des Interdictum de aqua, welchem doch in diesem Falle eine Zeit von vollen 18 Monaten offen gestanden habe. — In l. 7. §. 1. D. sol. matr. rechnet Papinian die Dauer der Ehe vom 1. Nov. bis zum letzten Jan. genau als ein Vierteljahr [1]), und gestattet daher dem Manne den vierten Theil der Dotalfrüchte des letzten Ehejahres. — In §. 2. wird zwar der Zeitraum von den Kalenden des März bis zu denen des April, an welchen die Scheidung erfolgte, einem Monat und daher dem 12ten Theil der Dotalfrüchte gleichgesetzt: allein dieser 1. April wird hier nur darum genannt, weil mit dessen Anbruch der erste Monat bestimmt verflossen ist, da der zweite schon angefangen hat. Nach §. 1. würde schon der letzte März genügen. — Hierin liegt nun wieder keine geringe Bestätigung unserer Auffassung der civilen Computation, wonach der Tag, in dessen Verlauf das fragliche Ereigniß fällt, als Anfangstag mitgezählt wird, das Ende der zu berechnenden Frist daher stets in die Mitternachtsstunde fällt, welche dem mathematischen Endpunkt unmittelbar vorangeht. —

XII. Es bleibt uns noch die Behandlung einer Stelle, die als Prüfstein der Richtigkeit des aufgestellten Systems anzusehen ist.

l. 3. §. 3. D. de minor. (4. 4.)

„Minorem autem XXV annis natu videndum, an etiam die natalis sui adhuc dicimus [2]), ante horam, qua natus est, ut

---

[1]) „— si — (fundum) vir ex kalendis Novembribus primis fruendum locaverit, *mensis Januarii suprema die* facto divortio retinere virum — quartam partem mercedis aequum est —".

[2]) Die Lesart, welche hier gegeben ist, haben Cujacius, v. Savigny (S. 405. N. r.), Rückert (de civili et natur. temporis

si captus sit, restituatur? et, cum nondum compleverit, ita erit dicendum, ut a momento in momentum tempus spectetur."

Es ist klar, daß es sich hier um eine Ausnahme von der gewöhnlichen Computation handelt, und zwar um eine zu Gunsten des Minderjährigen angenommene, wenn dieser auf Grund seiner Minorennität eine in integrum restitutio fordert. — Ulpian deutet durch seine Ausdrucksweise auf eine gar nicht zweifelhafte Art an, daß nach dem Prinzip der civilen Computation die 25 Jahre in der Mitternachtsstunde, welche dem mathematischen Endpunkt voraufgeht, als abgelaufen angesehen werden müßten; will aber hier ausnahmsweise auch noch einen Theil des Geburtstages, nämlich den der Geburtsstunde voraufgehenden, mit in die 25 Jahre hineinziehen. Gegen alle erweislich vor diesem Moment geschlossenen Rechtsgeschäfte soll Wiedereinsetzung in den vorigen Stand verlangt werden können. — Es ist sehr bemerkenswerth, daß hier für den Minderjährigen keineswegs eine von der civilen Computation völlig abweichende Berechnung in Anwendung gebracht ist. Vielmehr wird ganz einfach gegen die in der civilen Computation liegende praesumptio juris ein Gegenbeweis zu Gunsten des Minor zugelassen. Kann dieser nicht erhärten, daß ein Geschäft, gegen welches Restitution verlangt wird, noch vor die der Geburtsstunde entsprechende Zeit fällt, so tritt jene in der civilen Computation liegende praesumptio juris wieder in Kraft. Ihr zu Folge wird dann der Richter keine Restitution für ein an dem Geburtstage geschlossenes Geschäft ertheilen. Demnach wäre die Behauptung völlig verkehrt, die Volljährigkeit beginne rechtlich erst mit der Stunde des 26ten Geburtstages, welche der Geburtsstunde selbst entspricht. Sie beginnt vielmehr, ganz der allgemeinen Regel gemäß, schon mit

computatione in jure Cap. 10. §. 2.), Glück (Erläuterung V. S. 541. N. 75.), v. Bangerow I. S. 263. S. übrigens Wenck Magister Vacarius p. 205.

der unmittelbar voraufgehenden Mitternachtsstunde, und bloß zur Begründung des Restitutionsbegehrens wird der Nachweis der Geburtsstunde gestattet. — Der Grund dieser Modification liegt in der Natur des beneficium restitutionis, das als besondere Begünstigung auf die möglichst vortheilhafte Weise zu Gunsten der persona favorabilis interpretirt werden muß. — In dem ganzen römischen Recht findet sich kein ähnlicher Fall. Ueberall sonst wird die dem mathematischen Endpunkt voraufgehende Mitternachtsstunde als Schluß jedweder Frist angesehen und kein Gegenbeweis zugelassen [1]).

Sehr unbefriedigend erklärt v. Savigny (S. 405—408.) diese Eigenthümlichkeit in der Berechnung der minor aetas zum Zwecke der Restitution. — Da nach seinem System das römische Civilrecht nicht Ein Berechnungsprinzip, sondern zwei Berechnungsarten kennt, und danach bald auf die letzte Mitternachtsstunde zurückgeht, bald zu der nächsten vorwärts schreitet; so entsteht für ihn allererst die Frage: welche dieser in ihrem Resultat um volle 24 Stunden von einander abweichenden Berechnungsarten auf den Fall der Restitution eigentlich Anwendung finden müßte? Diese Frage weiß v. Savigny nicht bestimmt zu beantworten. Von der einen Seite, meint er, könne man den Ablauf der Minderjährigkeit als eine Rechtserwerbung, von der andern eben so gut als einen Rechtsverlust ansehen. In dieser Unsicherheit hätten dann die römischen Juristen die beiden erwähnten Zeitrechnungen

---

[1]) Dieß ist keineswegs die allgemeine Ansicht. von Bangerow 1. S. 264. findet die natürliche Computation a momento ad momentum auch noch in dem neuen Appellations-Fatale der Nov. 23. c. 1. — Puchta, Pandecten S. 55., gestattet Jedem, auf die Natural-Computation zu recurriren, der nach der Civilcomputation ein Alter, welches ihn gewisser Rechte beraubt, früher erreichen würde. — Göschen (S. 588.) sieht endlich in der i. I. Rest. nur ein Beispiel des ganz allgemeinen Satzes, wonach Jedem, welchem die natürliche Computation Vortheil gewähren kann, das Recht zusteht, sich auf dieselbe zu berufen.

aufgegeben, und durch Wahl eines in der Mitte der beiden Extreme liegenden Punktes sich aus der Verlegenheit geholfen.

Könnte man nun auch den Einfluß jenes doppelten Gesichtspunktes von Rechtsverlust und Rechtserwerb auf die civile Computation zugeben, so müßte doch für die in integrum restitutio jede Analogie mit dem Rechtserwerb durch usucapio oder Testamentsmündigkeit von vorn herein zurückgewiesen werden. Der Ablauf der Minderjährigkeit nimmt von dem, was die Person hat, Etwas weg, und giebt durchaus Nichts hinzu. Dagegen ist die Analogie mit dem Verlust des Klagerechts eine vollkommene. Wenn v. Savigny dieß läugnet, da die Klagverjährung und die ihr ähnlichen Fälle auf einer Versäumniß, dagegen der durch Volljährigkeit herbeigeführte Verlust auf einem unfreiwilligen Naturereigniß beruhe: so vergleicht er hier völlig disparate Momente. Der Ablauf der Frist findet sich in beiden Fällen; somit beruht der Verlust beide Male auf einem unfreiwilligen Naturereigniß. Was nun verloren wird, ob das Recht zu einer Restitution, oder das Recht zu klagen, ist völlig gleichgültig.

Die Anwendung dieses allein möglichen Gesichtspunktes auf die Restitution müßte nun consequenter Weise zu der Annahme der nächst folgenden, und nicht der nächst vorangehenden Mitternachtsstunde führen, wie dieß bei der Klagverjährung und in den ihr ähnlichen Fällen von v. Savigny angenommen wird. — Demnach würde Ulpian den Minderjährigen durch die in l. 3. §. 3. c. aufgestellte Rechnungsweise nicht nur nicht begünstigen, sondern ausnahmsweise verkürzen. Wie ist es aber denkbar, daß das in der Restitutionsbefugniß liegende beneficium zum Nachtheil des Begünstigten ausgelegt würde!

Das Resultat unserer Untersuchung ist folgendes:

Die Civilcomputation beruht auf dem Grundsatz, daß nur nach Kalendertagen gerechnet wird. Das Ende jeder möglichen

Frist fällt daher stets in die dem mathematischen Schlußpunkt voraufgehende Mitternachtsstunde. Eine Berufung auf den mathematischen Schlußpunkt wird bloß dem die Restitution begehrenden Minor gestattet. — Die Stellen, welche von dem 24 Stunden früher eintretenden Ende einer Frist sprechen, enthalten sämmtlich keine Computation der Zeit, sondern eine Interpretation gewisser Ausdrücke. — Dieß ist namentlich für folgende Fragmente nachgewiesen worden: l. 1. D. de manumiss. (XL. 1.) (Ulpian über die Manumission), l. 132. und 134. D. de V. S. (L. 16.) (Paulus über den Anniculus), l. 5. D. qui testam. (XXVIII. 1.) (Ulpian über die Testirfähigkeit), l. 101. D. de R. J. (L. 17.) (Paulus über die duo menses der Lex Julia municipalis). — Diese Interpretation ward nun von einzelnen Juristen selbst in Fragen reiner Computation eingemischt. Daraus ist die abweichende Ansicht des Venulejus über die Beendigung der Usucapionsfrist hervorgegangen. (S. §. 3.) Einen solchen ungebührlichen Einfluß der Interpretation auf die Beantwortung reiner Computationsfragen weist Paulus in l. 6. D. de O. et A. (XLIV. 7.) (S. §. 8.) entschieden zurück.

Da, wo die Digesten in Folge einer besondern Interpretation von der reinen Anwendung der Computation abweichen, nämlich bei Bestimmung der Manumissions- und Testir-Fähigkeit, des Anniculus und der zwei Monate, da müssen wir heut zu Tage diese Abweichung als Gesetz anerkennen. So oft aber die civile Berechnung rein zur Anwendung kommen kann, darf auch nie weiter, als auf die nächst vorangehende Mitternachtsstunde zurückgegangen werden.

XII.

Sind Gastwirthe wirklich berechtigt, Reisende abzuweisen?

Von

Herrn Dr. C. O. v. Madai, ehemals Professor in Dorpat.

Die in der Ueberschrift angedeutete Frage ist in der neueren Zeit mehrfach Gegenstand ausführlicherer Erörterungen [1]), und wie es vielleicht Manchen in Betracht ihrer practischen Erheblichkeit erscheinen wird, zur Genüge besprochen worden. Wenn ich gleichwohl auf dieselbe hier zurückzukommen mir erlaube, so geschieht es lediglich in der Ueberzeugung, daß man bei den bisherigen Verhandlungen gänzlich einen Punkt außer Acht gelassen hat, dessen gehörige Berücksichtigung vielleicht geeignet seyn dürfte, die ganze Streitfrage zu beseitigen. Während nämlich ältere Rechtslehrer eine directe Zwangsverbindlichkeit der Gastwirthe, den Reisenden aufzunehmen, behaupten [2]), wird von denjenigen unserer neueren Rechts-

[1]) Kaemmerer Observationes iuris civilis. Rostockii 1827. c. 1. Huschke in der Tübinger Zeitschrift Bd. III. Heft 1. v. Schröter in Schunk's Jahrbüchern d. juriſt. Literatur Bd. XI. Heft 1. Guyet im Archiv für civ. Praxis Bd. XVII. Heft 1.

[2]) So Cujacius in comment. ad Lib. XXII. ad l. 6. §. 2. D. nautae

lehrer [1]), die sich speciell mit der Erörterung unseres Gegenstandes beschäftigt haben [2]), eine solche Zwangsverbindlichkeit auf das Bestimmteste in Abrede gestellt. Der Grund dieser, allerdings auffallenden Erscheinung dürfte darin zu suchen seyn, daß man bei der Beantwortung der vorliegenden Streitfrage bisher weniger die rechtliche Natur des in Rede stehenden Verhältnisses nachgeforscht, vielmehr sich vorzugsweise darauf beschränkt hat, die Vereinigung zweier einander widersprechenden Stellen des Römischen Rechts durch scharfsinnige Interpretation zu versuchen. Je nachdem man dabei der einen oder der andern dieser Stellen ein vorzugsweises Gewicht beilegen zu müssen glaubte, kam man dann sehr natürlich bald zu der einen, bald zu der andern der entgegengesetzten Ansichten.

Wir beginnen mit einer allgemeineren Erörterung. Das Verhältniß des Gastwirths zum Reisenden muß aus einem zweifachen Gesichtspunkte betrachtet werden, dem privatrechtlichen und dem polizeilichen. Verweilen wir zunächst bei dem ersteren. — Die Frage ist hier also zunächst diese: ist von privatrechtlichem Standpunkte aus eine Zwangsverbindlichkeit des Wirthes, den Reisenden aufzunehmen, vorhanden? Einstweilen abgesehen von den besonderen

---

caupones (Opp. T. V. p. 321. edit. Neap.) Anton Faber Rational. ad Pand. Lib. IV. tit. 9. ad L. 1. §. 1. D. nautae. Voetius comment. ad Pand. Lib. IV. tit. 9. §. 4. Schulting notae ad Pand. ad leg. 156. pr. D. de reg. iur. Noodt comment. ad Pand. Lib. IV. tit. 9. §. verba. Glück Commentar Th. VI. §. 486. Note 22. S. 112.

[1]) In den neueren Pandekten-Compendien von Thibaut, Mühlenbruch, Schweppe, Valett, Puchta u. s. w. wird unsere Frage theils ganz mit Stillschweigen übergangen, theils nicht bestimmt beantwortet. Nur v. Wening-Ingenheim erklärt sich ausdrücklich und zwar gegen die Annahme einer Zwangsverbindlichkeit der Gastwirthe.

[2]) Vergl. die S. 376. Note 1. angeführten Schriftsteller.

Aussprüchen unserer Quellen hierüber, wird man ohne Zweifel geneigt seyn, die Frage zu verneinen, indem ja, wenige Fälle ausgenommen, zur Eingehung eines Vertrages Niemand gezwungen werden könne, und dieß ist denn auch in der That der Hauptgrund, auf welchen die in der neueren Zeit allgemeiner verbreitete, unsere Frage verneinende Ansicht sich stützt. Allein sie geht von der Voraussetzung aus, daß das Verhältniß des Gastwirths zum Reisenden auf einem stillschweigenden Vertrage beruhe, eine Prämisse, die nicht unbedingt richtig seyn dürfte, wenigstens nicht in der Weise, wie man sie in der Regel auffaßt. Man nimmt nämlich an, daß in dem Factum der Aufnahme des Reisenden von Seiten des Gastwirths, eine stillschweigende Einwilligung dieses letzteren liege, wodurch überhaupt erst das obligatorische Verhältniß zwischen beiden begründet werde. Dieß zugegeben, würde freilich der Gastwirth berechtigt seyn, durch Abweisung des Fremden dem Vertragsverhältniß zuvorzukommen. Allein dem widerspricht die rechtliche Natur der Offerte, die offenbar darin liegt, daß der Gastwirth durch sein Schild, oder auf andere Weise, z. B. durch Zeitungsannoncen u. s. f. zur Einkehr einladet, wodurch er sich im Voraus bereit erklärt, den Reisenden aufzunehmen und zu beherbergen. Sollte es nun einer Wiederholung dieser Willenserklärung in Beziehung auf jeden einzelnen Reisenden bedürfen? oder das Vertragsverhältniß überhaupt erst mit dem Moment einer zweiten, wäre es auch stillschweigenden Einwilligung von Seiten des Gastwirths beginnen? Gewiß eben so wenig, als bei der Offerte überhaupt. Vielmehr beginnt die verbindliche Kraft derselben, sobald sie von der Gegenpartei angenommen ist, ohne daß eine abermalige Einwilligung des Offerenten erforderlich wäre. Die Offerte des Gastwirths nun ist allerdings eigenthümlicher Art; sie gilt dem gesammten Publikum. Schließt sie aber deßhalb die Anwendung der gewöhnlichen Rechtsgrundsätze über Offerten aus? Dieß anzunehmen, ist durchaus

kein Grund vorhanden. Dem Gastwirth ist es nur bei seiner Offerte um den Reisenden, als solchen, wer dieser auch übrigens sey, zu thun; der Reisende ist ihm, möchte man sagen, eine fungible Person „quae non in specie, sed in genere recipit functionem", wiewohl ich damit gewiß nicht eben behaupten will, daß ihm der schlichte Handwerksmann, der wenig Aussicht auf eine große Rechnung darbietet, gleich angenehm sey, wie der vornehme englische Lord. Sobald nun der Reisende, durch Einkehr in den Gasthof, sey es ausdrücklich oder stillschweigend, zu erkennen giebt, daß er die Dienste des Gastwirths, als solchen, in Anspruch zu nehmen gesonnen sey, ist von Seiten des Reisenden eine Acceptation der Offerte des Gastwirths vorhanden, welcher der Gastwirth, so lange seine dem Publikum gemachte Offerte fortdauert, sich nicht zu entziehen vermag. Es dauert aber diese Offerte des Gastwirths fort, so lange er überhaupt Gastwirth seyn will, sie hängt gewissermaßen wesentlich mit seinem Begriff zusammen: in einer Rücknahme dieser Offerte würde die stillschweigende Erklärung liegen, nicht mehr Gastwirth seyn zu wollen. Kann er sonach, so lange er überhaupt Gastwirth ist, die mit seinem Begriffe wesentlich verbundene, und in seinem Gastwirthsschilde u. s. f. sich kund gebende Offerte nicht zurücknehmen, so folgt schon aus der Natur der Sache, daß er nicht berechtigt seyn könne, den die Offerte acceptirenden Reisenden beliebig abzuweisen [1]). Daß zu diesem Resultate schon eine natürliche Betrachtungsweise des Verhältnisses führe, dafür dürfte schon ein sehr allgemeines Rechtsgefühl sprechen. Dem von einem Gastwirthe ohne allen weiteren Grund zurückgewiesenen Reisenden ist in der That, nicht bloß nach seinem eigenen Gefühl, durch solche

[1]) Hat der Gastwirth durch eine ausdrückliche Beschränkung seiner Offerte sich nur einem bestimmten Theil des Publikums verpflichtet, z. B. durch die Firma: Gasthaus für Fuhrleute u. s. w., so wird er auch nur Reisenden dieser Art verpflichtet, andere dagegen abzuweisen berechtigt seyn.

Abweisung ein Unrecht wiederfahren, das sogar als eine Ehrenkränkung angesehen zu werden pflegt. Daher geben ältere Rechtslehrer dem Zurückgewiesenen sogar eine iniuriarum actio; eine Ansicht, die wir nicht vollkommen theilen können, da die in einem solchen Falle vorliegende Rechtsverletzung nicht sowohl unmittelbar in der Kränkung seiner persönlichen Ehre, als vielmehr darin liegt, daß sein Recht auf die Acceptation einer doch ganz allgemein dem Publikum gemachten Offerte von Seiten des Gastwirths in Abrede gestellt wird.

Gegen diesen Versuch, schon aus der rechtlichen Natur der Offerte die Zwangsverbindlichkeit des Gastwirths, den Reisenden aufzunehmen, zu begründen, wird man vielleicht das Bedenken erheben, daß derselbe zu bedenklichen Consequenzen führe. Mit gleichem Rechte würde man nämlich dann annehmen müssen, daß auch der Kaufmann, der durch sein Schild zum Kaufe einladet, verpflichtet sey, Jedermann seine Waare zu verkaufen. Mit Nichten. Das Rechtsgeschäft, zu dem der Kaufmann durch sein Schild das Publikum auffordert, ist ein wesentlich anderes, ein Consensualvertrag. Es bedarf zu dessen Perfection erst noch einer besonderen Einigung über die wesentlichsten Erfordernisse des Vertrages, wie über Preis und Waare, und ob diese überhaupt zu Stande kommen werde, ist zunächst noch ungewiß. Das zwischen dem Gastwirth und dem Reisenden obwaltende obligatorische Verhältniß dahingegen gehört in der Regel nicht den Consensual- [1]), vielmehr den In-

---

[1]) Aus der Bemerkung Ulpian's in der L. 3. §. 1. D. nautae caupones. (4. 9.), daß die Einführung der besonderen in factum actio gegen den Gastwirth durch das prätorische Edict befremdlich scheinen könne, da ja der Wirth ohnehin schon aus dem Civilrecht bestimmte Klagen, nämlich die *actio ex locato vel conducto* u. s. w. habe, scheint indeß zu folgen, daß bei den Römern Abschließung eines förmlichen Miethvertrages zwischen Gastwirth und Reisenden wenigstens das Regelmäßigere gewesen. Daß bei uns das Gegentheil stattfinde, wird Jedem seine eigene Erfahrung bestätigen.

nominat-Verträgen facio ut des u. s. f. an. Nur selten wird der Reisende beim Betreten des Gasthauses mit dem Wirthe im Voraus die gegenseitigen Vertragsbedingungen feststellen [1]), läßt aber der Reisende sich darauf ein, so kann auch dem Wirth das Recht nicht abgesprochen werden, seine Bedingungen, falls nicht ortspolizeiliche Vorschriften ihn binden, so zu stellen, daß der Reisende es vorzieht, sich von dannen zu begeben. Dazu nun kommt noch, daß die Offerte des Kaufmanns, der durch sein Schild sich mir als Verkäufer bestimmter Waaren kund giebt, ungleich unvollständiger als die des Gastwirths ist, der sich bereit erklärt, den Reisenden zu beherbergen [2]), und dabei die nähere Bestimmung seiner Dienstleistungen dem Belieben des Reisenden anheimstellt. Ohne Zweifel aber kann auch der Kaufmann, durch eine vollständigere Offerte, sich dem Gastwirth gleich in höherem Maaße verbindlich machen, so, wenn er ein Verzeichniß seiner Waaren mit genauer Angabe der Preise derselben publicirt. In solchem Falle bedarf es zur Perfection des Kaufvertrages ebenfalls nur einer Acceptation von Seiten des Käufers, und so möchte hier der Kaufmann eben so wenig berechtigt seyn, irgend einen Käufer abzuweisen, wie der Gastwirth den Reisenden, es sey denn, daß sie durch factische Unmöglichkeit der Erfüllung sich zu entschuldigen vermöchten. —

Durch den Hinblick auf die in dem Verhältnisse des Gastwirths dem Publikum gegenüber liegende Offerte gewinnt nun auch eine specielle Vorschrift des Römischen Rechts ihre vollständige Erklärung und Rechtfertigung. Das Römische Recht nämlich spricht den Gastwirth von der Verbindlichkeit, für die Sachen des Reisenden einzustehen, nur unter der Voraussetzung

---

[1]) S. S. 380 Note.

[2]) So sagt die L. 5. D. nautae. — nauta, et caupo et stabularius mercedem accipiunt, non pro custodia, sed nauta, ut traiiciat, caupo, *ut viatores manere in caupona patiatur.*

frei, daß die Reisenden ausdrücklich darein willigen [1]). Einseitiger Protest des Gastwirths, also namentlich die von Seiten des Wirthes an den Reisenden ergangene Mahnung, er möge selbst auf seine Sachen achten, befreit den Wirth von seiner Verbindlichkeit keineswegs. Dieß muß, faßt man das Verhältniß des Reisenden aus dem Gesichtspunkte eines stillschweigenden, erst durch die in der Aufnahme des Fremden liegende Einwilligung begründeten Vertrages auf, uns auffallend erscheinen. Denn bringt erst die Einwilligung des Gastwirths das obligatorische Verhältniß zu Stande, so mußte es, sollte man meinen, auch dem Wirthe freistehen, diese Einwilligung an bestimmte Bedingungen zu knüpfen, sich dabei gegen gewisse Ansprüche des Fremden zu verwahren. Allein eben weil seine hinterherige Einwilligung keineswegs erforderlich, das obligatorische Verhältniß vielmehr auch ohne dieselbe, und durch die bloße Acceptation der Offerte von Seiten des Reisenden begründet wird, kann es doch dem Gastwirthe nicht mehr freistehen, einseitig Verbindlichkeiten sich zu entziehen, die das Gesetz ihm auferlegt, und ihre Nichtanwendung gleichsam zur Bedingung seiner stillschweigenden Einwilligung der Aufnahme des Fremden zu machen.

Es ist in dem Bisherigen unsere Frage nur aus allgemeinen Rechtsprinzipien erörtert, und nach diesem dahin beantwortet worden, daß der Gastwirth den Reisenden abzuweisen nicht berechtigt sey. Wie aber verhalten sich zu diesem Resultate die besonderen Ansprüche unserer Quellen? Wir begegnen hier, wie schon oben angedeutet worden, einem unzweideutigen Widerspruche, indem derselbe Ulpian in der einen Stelle erklärt „est enim in cauponum arbitrio, ne quem recipiant", also

---

[1]) L. 7. D. pr. D. nautae caupones (4. 9.). Ulp.: — item, si praedixerit, ut unusquisque viatorum res suas servet, neque damnum se praestaturum, et *consenserint* rectores praedictioni, non convenitur. —

den Gastwirthen ausdrücklich ein Wahlrecht unter den von ihm aufzunehmenden Fremden einräumt, während er an einem andern Orte mit gleicher Bestimmtheit sagt: „namque viatorem sibi caupo vel stabularius eligere non videtur, nec repellere potest iter agentes".

Die erste der fraglichen Stellen, entlehnt aus Ulpian's Lib. 14. ad Edictum, lautet in ihrem Zusammenhange so:

L. 1. §. 1. D. nautae caupones (4, 9). Maxima utilitas est huius edicti, quia necesse est plerumque eorum fidem sequi, et res custodiae eorum committere. Ne quisquam putet graviter hoc adversus eos constitutum, *nam est in ipsorum arbitrio, ne quem recipiant:* et nisi hoc esset statutum, materia daretur cum furibus adversus eos, quos recipiunt, coëundi, cum ne nunc quidem abstineant huiusmodi fraudibus.

Die zweite Stelle aus Ulpian's Lib. 38. ad Edictum:

L. 1. §. 6. D. furti adversus nautas (47, 5). Caupo praestat factum eorum, qui in ea caupona eius cauponae exercendae causa ibi sunt, item eorum, qui habitandi causa ibi sunt: viatorum autem factum non praestat: namque viatorem sibi eligere caupo vel stabularius non videtur, *nec repellere potest iter agentes:* inhabitatores vero perpetuos ipse quodammodo elegit, qui non reiecit, quorum factum oportet eum praestare. In navi quoque vectorum factum non praestatur.

Es gewährt in der That nicht geringes Interesse, die mannigfachen Bestrebungen des Scharfsinns, den Widerspruch der vorliegenden Stellen aufzulösen, zu verfolgen. Wir beginnen mit dem ältesten dieser Versuche, mit dem der Glosse. Sie fügt in der ersteren Stelle zu den Worten „est enim in ipsorum arbitrio etc." als Erklärung hinzu: „scilicet a principio, non ex post facto". Die Glosse unterscheidet hierin,

wie man wenigſtens in der Regel und mit Recht annimmt [1]), zwiſchen dem Recht einen neuen Gaſthof anzulegen, und der Verbindlichkeit, wenn jenes einmal geſchehen. Gaſtwirth zu werden, oder nicht, ſtehe im Belieben eines Jeden, und darauf gehe Ulpian's Ausſpruch, „est enim in ipsorum arbitrio, ne quem recipiant"; dahingegen, wer einmal ein Gaſthaus angelegt, nicht mehr berechtigt ſey, einen Reiſenden willkührlich abzuweiſen, und hierauf beziehe ſich Ulpians Aeußerung in der zweiten Stelle „nec repellere potest iter agentes". Obwohl namhafte Rechtslehrer [2]) die Anſicht der Gloſſe theilen, muß dieſelbe doch aus einem zweifachen Grunde verworfen werden. Einmal, wegen der durchaus willkührlichen Bedeutung, die ſie dem Worte recipere beilegt. Mit Recht bemerkt ſchon Guyet [3]): „die Ausdrücke recipere und nec repellere ſind an ſich ganz gleichbedeutend, und daß das erſte der erwähnten Fragmente nicht die Errichtung eines Gaſthofes überhaupt, ſondern die Aufnahme des einzelnen Gaſtes im Sinn habe, geht aus den Worten „ne *quem* recipiant" klar hervor."

---

[1]) Zwar behauptet Kämmerer a. a. O. §. 3. Note 6.: „glossae auctorem de huiusmodi nunquam cogitasse sententia", vielmehr habe man erſt ſpäterhin in die Worte der Gloſſe die obige Deutung willkührlich hineingetragen: weßhalb aber die Worte der Gloſſe den obigen Sinn nicht wenigſtens haben können, iſt nicht einzuſehen. Wenigſtens wiſſen wir, daß man ſchon früh die Gloſſe in der angegebenen Weiſe verſtanden habe. So leſen wir bei Bartolus in Comment. in Dig. ad leg. 1. §. 1. D. naut. caup. (Lugd. 1563.) Tom. I. pag. 179: „nota textum, quod quis non cogitur aliquem hospitari, quod est verum ab initio. Sed postquam incepit hospitari, tenetur recipere hospites". Desgl. bei Raphael Fulgoſius in Comment. in primam partem Pand. ad leg. 1. §. 1. D. cit. (Lugd. 1554.) p. 158: „Doctores intelligunt, quod ab initio antequam exercuerit, non potest cogi recipere, post vero cogitur" —.

[2]) Unter den Neueren beſonders Glück a. a. O. ſo wie die übrigen S. 376. Note 2. citirten Schriftſteller.

[3]) Guyet a. a. O. S. 44.

Sodann aber zweitens, selbst zugegeben, daß das Wort recipere im einzelnen Falle die von der Glosse behauptete Bedeutung haben könnte, würde doch dieselbe in dem unsrigen durch die Verbindung, in der dasselbe auftritt, jedenfalls ausgeschlossen werden. Ulpian schreibt: „est enim in *cauponum* arbitrio, ne quem recipiant". Konnte wohl ein Ulpian damit sagen wollen „es steht in dem Belieben eines jeden Gastwirths (also dessen, der es schon ist), ob er Gastwirth werden will". Und doch würden wir ihm, folgen wir der Erklärung der Glosse, eine solche Gedankenlosigkeit, um uns nicht eines stärkeren Ausdrucks zu bedienen, aufbürden müssen.

Einen anderen, auf Emendation des Textes beruhenden Vereinigungsversuch finden wir bei Noodt[1]), freilich mehr angedeutet, als ausgeführt. Er liest nämlich für „ne *quem* recipiant" in der ersten Stelle „ne *quae* recipiant". Anton Faber[2]), diese Lesart recipirend, folgert, der Wirth könne zwar den Reisenden selbst nicht abweisen, wohl aber die Aufnahme der demselben angehörenden Sachen verweigern. Denn da in Betreff dieser letzteren das prätorische Edict dem Gastwirth ganz besonders strenge Verbindlichkeiten auferlege, sey es unbillig, ihm diese gegen seinen Willen aufzubürden. Ausdrücklich sage ja auch Ulpian[3]) „item si quis *praedixerit* (sc. caupo), ut unusquisque vectorum res suas servet, neque damnum se praestaturum, et consenserint vectores praedictioni, *non convenitur*". — Allein Faber übersieht hier die wichtigen Worte „et consenserint vectores", daß also Ulpian den Gastwirth von der Verbindlichkeit, für die Sachen des Reisenden zu haften, nur unter der Voraussetzun gbefreit, daß die Reisenden darin eingewilligt haben; unmöglich also kann einfei-

[1]) Noodt Comment. ad Pand. Lib. IV. tit. 9. §. verba.

[2]) Anton Faber Rationalia ad Pand. Lib. IV. tit. 9. ad leg. 1. §. 1. cit.

[3]) L. 7. pr. D. nautae caupones.

tige Protestation den Gastwirth der ihm gesetzlich auferlegten Verpflichtung entheben. Außerdem ist die vorgeschlagene Lesart „ne *quae* recipiant“ eine durchaus willkührliche, aus der Luft gegriffene Conjectur, die nicht nur durch keine einzige Handschrift unterstützt wird, sondern auch, wie schon Kämmerer [1]) bemerkt, die Auctorität der Basiliken [2]) gegen sich hat. Diese Faber'sche Hypothese ist daher in neuerer Zeit allgemein verlassen worden.

Kämmerer, der in seiner bereits mehrfach angeführten gründlichen Abhandlung zuerst in unserer Zeit auf die fast vergessene Streitfrage wieder aufmerksam gemacht hat, ist der Meinung, daß, da Niemand zur Eingehung eines Vertrages gezwungen werden könne, mithin schon aus allgemeinen Gründen folge, daß der Wirth zur Aufnahme jedes beliebigen Reisenden gezwungen werden könne, als eigentlich entscheidende Gesetzstelle das erste der beiden obigen Fragmente Ulpians angesehen werden müsse. Den Widerspruch der zweiten Stelle sucht er nun dadurch zu beseitigen, daß er, wie schon vor ihm Heineccius [3]), dem Worte repellere die Bedeutung von expellere beilegt, und sonach behauptet, Ulpian sage hier nur, der Wirth dürfe den einmal aufgenommenen Fremden nicht wieder forttreiben; das zweite Fragment handle somit von einem ganz andern Fall, so daß ein eigentlicher Widerspruch zwischen beiden Stellen nur unbegreiflicher Weise angenommen worden sey. — Daß die Grundansicht Kämmerer's, Niemand könne zur Eingehung eines Vertrages gezwungen werden, in unserm Falle eine durchaus irrige sey, und auf

---

[1]) Kämmerer a. a. O. S. 123.

[2]) Hier nämlich werden die Worte „est enim in ipsorum arbitrio, ne quem recipiant“ wiedergegeben durch ἐν αὐτοῖς δε ἐστι μηδένα ὑποδεξασθαι. Basil. Lib. 53. tit. 1. cap. 1. §. 1. edit. Fabrot. Tom. VI. p. 643.

[3]) Heineccius Elementa iuris civil. secund. ord. Pand. Pars I. §. 547.

einem gänzlichen Verkennen der juristischen Natur des zwischen dem Gastwirthe und dem Reisenden obwaltenden Verhältnisses beruhe, ist schon oben zur Genüge ausgeführt worden. Nicht minder unhaltbar ist die von ihm versuchte Vereinigung der beiden Stellen. Denn weder hat jemals repellere die Bedeutung von expellere, noch würde dieselbe, wie schon Huschke [1]) und v. Schröter [2]) hervorgehoben, in den Zusammenhang der vorliegenden Stelle passen. Denn offenbar spricht hier Ulpian, wie sich unzweideutig aus der Zusammenstellung des „nec repellere potest" mit dem unmittelbar vorangehenden „viatorem sibi *eligere* caupo non videtur" ergiebt, von der ersten Aufnahme eben ankommender Reisenden (daher auch die ausdrückliche Wiederholung des „iter agentes" im Gegensatze zu den „inhabitatores"), nicht aber der Wiederentfernung bereits aufgenommener Gäste. —

Einen andern Weg schlägt Huschke [3]) vor. Er meint, das „potest" in der zweiten Stelle ist nicht so viel als „licet" oder „in ipsius arbitrio est" der andern Stelle, sondern geht auf die Folge aus einem Begriffe nach Verstandesgesetzen, wonach etwas wahrhaft unmöglich ist. Es soll nicht gesagt werden, der Gastwirth darf sie nicht zurückweisen, und würde, wenn er es thäte, von ihnen belangt werden können, sondern er kann sie nicht zurückweisen, wenn er nicht aufhören will, für einen Gastwirth zu gelten. — Gleicher Ansicht ist auch wohl v. Schröter [4]), wenn er, etwas undeutlich, über den Widerspruch unserer beiden Stellen sich dahin erklärt: „Ulpian spricht in dem fr. un. D. furti nur von dem factischen, nicht von dem rechtlichen Verhältniß des Wirths zu den Reisenden. Dadurch fällt der ganze angebliche Widerspruch

[1]) Huschke a. a. O. S. 24.
[2]) v. Schröter a. a. O. S. 3.
[3]) Huschke a. a. O. S. 25.
[4]) v. Schröter a. a. O. S. 3.

weg." — Zugegeben nun aber, Huschke's Erklärung der Worte „nec repellere potest" sey richtig, Ulpian habe damit wirklich nicht sowohl auf die rechtliche, als vielmehr auf die in der Natur des Verhältnisses liegende factische Unmöglichkeit hindeuten wollen: wird, fragen wir, durch diese Annahme die Antinomie glücklich beseitigt? Bleibt dann nicht immer der schlimmere Widerspruch, daß Ulpian in der einen Stelle für rechtlich erlaubt, was er in der andern für factisch unmöglich erklärt? Und welch ein Widerspruch! Sollte wohl ein Ulpian etwas „Begriffswidersinniges und nach Verstandesgesetzen wahrhaft Unmögliches" für gesetzlich möglich und erlaubt gehalten haben? Möchte man da nicht lieber geradezu einen an und für sich gewiß verzeihlichen Widerspruch zweier gesetzlichen Bestimmungen annehmen, als einem Rechte den Vorwurf einer solchen Widersinnigkeit aufbürden? Zu solcher Widersinnigkeit aber kommt man unausweichlich, wenn man mit Huschke und v. Schröter die eine unserer Stellen auf das rechtliche, die andere lediglich auf das factische Verhältniß des Gastwirths bezieht. —

Der neueste ausführliche Vereinigungsversuch unserer Stellen rührt her von Guyet [1]). Dieser nimmt an, „Ulpian unterscheidet zwei Arten von Personen, mit denen der Wirth in ein Receptionsverhältniß treten kann, die viatores nämlich, oder iter agentes, und die inhabitatores. Die ersteren darf der Gastwirth nicht abweisen, und deßhalb ist er in Betracht der von diesen an den Sachen anderer Reisenden verübten Beschädigungen nicht mit der duplex actio verantwortlich: die letzteren dagegen hat er sich dadurch, daß er sie nicht abwies, gleichsam ausgewählt, also sich freiwillig in ein besonderes Receptionsverhältniß zu ihnen begeben, und muß daher auch für die von ihnen ausgehenden Entwendungen der Sachen anderer Reisenden mit dem duplum einstehen. Viatores aber, oder

[1]) Guyet a. a. O. S. 47 ff.

iter agentes, sind Gäste, die nur kurze Zeit zur Befriedigung eines Bedürfnisses im Gasthofe verweilen: inhabitatores, dagegen solche, die sich gleich mit dem ausgesprochenen Zweck eines längeren Aufenthaltes, und namentlich des Wohnens melden. Diese letzteren kann der Gastwirth zurückweisen, die ersteren nicht. Beziehen wir nun Ulpian's ersten Ausspruch auf inhabitatores (im angegebenen Sinne), den andern dagegen auf die viatores seu iter agentes, so fällt damit aller Widerspruch weg." — Vor allem muß hier darauf hingewiesen werden, daß diese Ansicht Guyet's den Gastwirth in eine gar mißliche Lage versetzt, indem sie ihm zu seiner eigenen Sicherheit zur Pflicht macht, an jeden Einkehrenden allem zuvor die Frage zu richten, ob er nur „kurze Zeit zur Befriedigung eines Bedürfnisses im Gasthofe zu verweilen", oder ob er „einen längeren Aufenthalt" beabsichtige; eine Frage, die genügend zu beantworten häufig der Reisende selbst nicht im Stande seyn wird, z. B. wenn die Dauer seines Aufenthalts von Umständen abhängt, die er nicht in seiner Gewalt hat. Und wenn nun der anfangs nur „auf kurze Zeit" beabsichtigte Aufenthalt sich durch zufällige Umstände verzögert, z. B. durch Krankheit u. s. f., soll dann das Abweisungsrecht des Gastwirths eintreten, und von welchem Zeitpunkte an? Sollte der practische Tact und Scharfblick der Juristen Roms sie hier so ganz im Stich gelassen, sie die Schwierigkeiten, die aus einer derartigen Unterscheidung ganz unausbleiblich hervorgehen müssen, so ganz haben übersehen lassen? Prüfen wir nun aber näher die Richtigkeit dieser Guyet'schen Theorie, und zwar zunächst die von ihm behauptete Bedeutung der Worte viatores und inhabitatores, denn dieß ist der eigentliche Cardinalpunkt seiner Lehre. Daß inhabitatores nicht sowohl diejenigen, die in einem Gasthofe recht eigentlich zur Miethe wohnen, vielmehr Reisende seyen, die „einen längeren Aufenthalt" beabsichtigen, soll nun aus Folgendem hervorgehen: 1) „Ulpian bezeichne im Eingange des

zweiten Fragments als zwei an sich ganz verschiedene Klassen von Personen diejenigen „qui in ea caupona eius cauponae exercendae causa ibi sunt“ und diejenigen „qui habitandi causa ibi sunt“, er unterscheide also die Gehilfen des Wirths, wohin man seine eigene Familie rechnen müsse, gänzlich von denjenigen Personen, welche sich nur im Gasthofe aufhalten, und zwar habitandi causa, ohne dem Wirthe bei seinem Geschäfte an die Hand zu gehen. Diese letzteren seyen die nämlichen Leute, welche einige Zeilen weiter inhabitatores perpetui genannt werden, und man dürfe folglich dabei weder an die Frau und Kinder, noch an die Knechte und Mägde oder sonstige Hausleute des Wirthes denken; Miethsleute aber kämen in Gasthöfen, in welchen der Wirth den vorhandenen Raum zu Betreibung seines eigentlichen Geschäfts brauche, zu selten vor, als daß sie einer solchen ausdrücklichen Erwähnung verdient hätten, und zudem besäßen die Rechtsquellen für den Miethsmann eines Hauses den von Ulpian selbst oft angewendeten Kunstausdruck inquilinus, so daß es auffallend seyn würde, statt seiner hier den gar nicht bezeichnenden Ausdruck inhabitatores gebraucht zu sehen.“ — Man kann getrost zugeben, daß Ulpian a. a. O. diejenigen „qui in ea caupona eius rei exercendae causa ibi sunt“ und diejenigen „qui habitandi causa ibi sunt“ als zwei an sich ganz verschiedene Classen von Personen unterscheide; folgt denn nun aber daraus, daß diese letzteren keine Miethsleute, vielmehr solche Reisende sind, die „mit der Absicht eines längeren Aufenthaltes“ einkehren? Wenn, wie Guyet selbst zugiebt, diese letzteren die nämlichen Leute sind, die einige Zeilen weiter inhabitatores perpetui genannt werden, so würde doch gewiß ein Reisender, der die Absicht ausspricht, in einem Gasthofe etwa 8 oder 14 Tage zu verweilen, sich gewiß nicht wenig verwundern, wenn er sich selbst als einen „inhabitator perpetuus“ bezeichnen hörte, während er, wie jeder andere, ja der Gastwirth selbst, ihn doch gewiß nur als einen „temporären Gast“ betrachten wird. Und kommen eigentliche Miethsleute,

die sich bleibend eingemiethet haben, in Gasthäusern in der That so selten vor, daß eine besondere Erwähnung derselben überflüssig wäre? Daß diese häufiger inquilini genannt werden, ist allerdings richtig, daß aber auch für sie der Ausdruck habitator vorkomme, zeigt deutlich die L. 1. §. 9. D. de his qui effuderint, eine Stelle, auf die wir gleich weiterhin noch näher zurückkommen werden. — 2) Aus folgendem Ausspruch des Paulus [1]) „in factum actione caupo tenetur pro his, qui habitandi causa in caupona sunt, hoc autem non pertinet ad eum, *qui repentino hospitio recipitur, veluti viator*". Hieraus, meint Guyet, sehen wir, daß man zweierlei Einkehren in dem Gasthause unterschied, das repentinum hospitium und ein anderes, welches zu längeren Zwecken geschah, und habitandi causa genannt wird; denn auch hiebei müsse an ein hospitium gedacht werden, (sic?) weil, wenn es nur ein repentinum hospitium gegeben hätte, Paulus nicht den Fehler begangen haben würde, das alsdann überflüssige und nichts bezeichnende Beiwort repentinum beizusetzen. Nun sei aber der Ausdruck repentinus bei den Römern ein juristisches Kunstwort gewesen, und habe zur Bezeichnung eines solchen rechtlichen Verhältnisses gedient, welches seiner Natur nach nur von ganz kurzer Dauer und von vorübergehendem Nutzen seyn sollte(?) [2]), während sich als Gegensatz bisweilen der Ausdruck perpetuus finde, der bekanntlich nicht allein das auf ewige Dauer Berechnete bezeichne, sondern auch alles dasjenige, welches nur für eine etwas längere Zeit bestehen soll, so wie gerade in dem zweiten Fragmente von perpetui inhabitatores gesprochen werde. Mithin unterscheide Paulus diejenigen Gäste, welche nur zu einem ganz kurzen Aufenthalt im Gasthause einkehren, ohne daselbst übernachten zu wollen,

---

[1]) L. 6. §. 3. D. nautae caupones.

[2]) Gilt diese Begriffsbestimmung auch für das s. g. edictum repentinum?

und nenne als Beispiel davon Reisende, welche häufig nur zur Befriedigung ihres Hungers und Durstes in dem Gasthause eintreten, und nach Stillung desselben sogleich wieder abreisen, von solchen Gästen, welche zum Zweck des Wohnens, mithin des längeren Aufenthaltes, in den Gasthof eingekehrt sind, oder Ulpian's perpetui inhabitatores. Offenbar aber sey nun diese Unterscheidung zur Auflösung unserer Antinomie zu benutzen, denn Paulus stelle sie gerade zu demselben Zwecke auf, welchen auch Ulpian im Auge hatte, nämlich anzugeben, für welcher Personen verbrecherisch schadende Handlungen der Wirth mit der dupli actio haften müsse, und wir fänden also bei Paulus die Erklärung der Worte Ulpian's. Die viatores oder iter agentes des letztgenannten Rechtsgelehrten seyen demnach die Gäste, welche Paulus als repentino hospitio recepti bezeichne und gerade als Beispiel auch den viator nenne, während die perpetui inhabitatores dagegen die von Paulus als habitandi causa aufgenommenen Gäste seyen." — Es leuchtet sofort ein, daß diese ganze Argumentation, die wir hier mit des Verfassers eigenen Worten mitgetheilt, um nicht durch einen bloßen Auszug das etwaige Gewicht derselben zu beeinträchtigen, auf einer reinen petitio principii beruht. Daß diejenigen „qui *habitandi* causa in caupona sunt" für längere Zeit aufgenommene Fremde bezeichne, ist eine unerwiesene Voraussetzung, gegen deren Zulässigkeit schon der Gegensatz „qui repentino *hospitio* recipitur" (denn auf das hospitium ist unsers Erachtens der Hauptnachdruck zu legen) streitet. Das Beiwort repentinus weist unseres Dafürhaltens nicht sowohl auf die Dauer, als vielmehr auf die Begründungsweise des Verhältnisses hin, das unerwartet und unvorbereitet, wie gerade der Reisende kommt und geht, begründet wird, während dem miethweisen „*habitare* in caupona" die Abschließung förmlichen Miethvertrages vorhergeht. Und kann man von dem Reisenden, der spät Abends ankommt und um früh Morgens wieder aufzubrechen, nur wenige Stunden zu über-

nachten gedenkt, weniger sagen „repentino hospitio recipitur", als von dem viator, der, von beschwerlicher Fußwanderung sich zu erholen und zu stärken, Stunden lang im Gasthofe diuirt? Soll denn der viator nur essen und trinken, und nicht auch übernachten dürfen. Das veluti ist ja doch wohl nur beispielsweise, nicht aber um den Begriff eines solchen „qui repentino hospitio recipitur" zu erschöpfen, zu verstehen? — Entscheidend aber halte ich gegen die Begriffsbestimmung Guyet's folgenden Ausspruch Ulpian's. Bei Erörterung der Frage, wer mit der actio de effusis et deiectis belangt werden könne, sagt er [1])

> habitare autem dicimus vel in suo, vel in conducto, vel gratuito. Hospes plane non tenebitur, quia non ibi habitat, sed tantisper hospitatur: sed is tenetur, qui hospitium dederit. Multum autem interest inter habitatorem et hospitem, quantum interest inter domicilium habentem et peregrinantem.

Sehr bestimmt unterscheidet Ulpian hier die Begriffe habitator und hospes. Als habitator betrachtet er denjenigen, der „vel in suo, vel in conducto, vel in gratuito habitat", eine Bezeichnung, deren keine auf den Reisenden, selbst wenn er längere Zeit im Gasthofe zu verweilen erklärt, paßt, von dem vielmehr auch dann noch vollkommen Anwendung findet das „non ibi habitat, sed tantisper hospitatur". Den Unterschied beider setzt Ulpian darin, daß er den habitator als einen domicilium habens, den andern, qui non habitat, sed tantisper hospitatur, als einen peregrinans betrachtet. Sollte nun wohl derselbe Ulpian in geradem Widerspruch mit dieser, der Natur der Sache so angemessenen Begriffsbestimmung, in unserer Stelle mit dem Ausdrucke perpetui inhabitatores den Reisenden, der im Gasthofe sich einige Tage aufzuhalten gedenkt, haben bezeichnen wollen? und doch müssen wir entweder diese

[1]) L. 1. §. 9. D. de his qui effuderint (9, 3).

Inconsequenz in der Sprache Ulpian's annehmen, oder glauben, Ulpian sey der Ansicht, der Reisende, der in einem Gasthofe übernachtet, oder mehrere Tage verweilt, höre dadurch auf ein peregrinans zu seyn, und werde zu einem domicilium habens: eine Ansicht, gegen die gewiß jeder Reisende protestiren wird. — Wenn nun somit schon der eigentliche Hauptstützpunkt der Guyet'schen Theorie, nämlich die von ihm behauptete Bedeutung der Worte inhabitatores und viatores, sich als vollkommen unhaltbar beweist, und damit diese Theorie selbst höchstens zu einer scharfsinnigen Hypothese herabsinkt, so muß derselben noch ein anderer Vorwurf, nämlich der der Inconsequenz gemacht werden. In Uebereinstimmung mit Kämmerer nimmt nämlich Guyet an, daß, da Niemand zur Eingehung eines Vertrages gezwungen werden könne, vom allgemeinen Standpunkte aus auch eine Zwangsverbindlichkeit des Gastwirths, den Reisenden aufzunehmen, in Abrede gestellt werden müsse. Wenn Guyet nun gleichwohl wenigstens einem Theil der Reisenden (den viatores) gegenüber eine solche Zwangsverbindlichkeit des Gastwirths behauptet, so ist das nicht nur an und für sich inconsequent, sondern man hätte jedenfalls erwarten müssen, daß diese Abweichung auf irgend eine Weise juristisch gerechtfertigt werden würde. Das aber ist von Guyet nicht geschehen. Denn als eine juristische Rechtfertigung kann es doch wohl nicht angesehen werden, wenn er anführt „es würde hart und unmenschlich seyn, wenn der Gastwirth den ermüdeten oder ausgehungerten Reisenden ohne weiteres abweisen dürfte". Ist es denn etwa weniger hart und unmenschlich, wenn der Gastwirth dem Reisenden das Nachtquartier versagen und so ihn in kalter Winternacht getrost erfrieren lassen darf? Und weßhalb sollte die Unbilligkeit gegen den Wirth größer seyn, wenn man ihn verpflichten sollte, dem Gesindel, dem er auch den Tag über den Eintritt in das Gasthaus, sich daselbst zu stärken und nach Belieben auszuruhen, nicht versagen darf, auch eine Schlafstelle zu

gewähren? Trifft nicht den Gastwirth indirect auch der Nachtheil, den der Tagedieb andern Reisenden, z. B. durch Entwendung zufügt, sofern der Gastwirth ja für das salvum fore der Sachen des Reisenden unbedingt einstehen muß? Und doch ist es oft am Tage für den Wirth schwieriger, zahlreich ab- und zugehende Gäste stets im Auge zu haben, als sich gegen nächtliche Dieberei zu sichern. Durch derartige willkührliche Argumentationen wird in der That wenig gewonnen.

Noch ist hier einer mehr gelegentlichen Aeußerung Mühlenbruch's [1]) zu gedenken. Dieser ist ebenfalls der Meinung, daß ein eigentlicher Widerspruch zwischen unsern beiden Quellenaussprüchen nicht vorhanden sey. In der einen Stelle werde nur gesagt: der Wirth wählt sich seine Gäste nicht; er nimmt sie, wie sie sich eben einfinden; in der andern Stelle, eine unbedingte Zwangsverbindlichkeit zur Aufnahme jedes Reisenden findet nicht Statt. — Indeß ist bei dieser Erklärung nur der Gesammtinhalt der beiden Fragmente in Betracht gezogen, ohne gehörige Berücksichtigung der einzelnen darin liegenden Momente. Namentlich sind die Worte nec repellere potest iter agentes, die allein den ganzen Streit veranlaßt haben, und um deren rechtliche Deutung es sich hauptsächlich handelt, dabei von Mühlenbruch ganz außer Acht gelassen worden.

Unsers Erachtens nun ist das Vorhandenseyn einer Antinomie nicht wohl in Abrede zu stellen. Jeder Vereinigungsversuch der beiden Stellen hat, wie wir gesehen, bisher nur zu Künsteleien und willkührlichen sprachlichen wie sachlichen Annahmen geführt, und wird stets zu solchen führen. Nehmen wir lieber den Widerspruch als solchen hin, und suchen vielmehr zu erklären, wie Ulpian zu demselben gekommen, sowie welchen Einfluß derselbe auf die Beantwortung unserer Streitfrage überhaupt habe.

---

[1]) Uebersicht der civilistischen Literatur in der Hallischen allgemeinen Literaturzeitung 1835. Nr. 74. Sp. 588.

Ulpian handelt in dem erſten der beiden Fragmente von der allgemeineren Verbindlichkeit des Gaſtwirths, für das salvum fore der Sachen des Reiſenden einzuſtehen, gleichviel, von wem deren Beſchädigung oder Entwendung ausgegangen. In dieſer Beziehung behauptet er, der Gaſtwirth müſſe ſchlechthin auch für die Handlungen der übrigen einkehrenden Reiſenden haften [1]). Dieſe, dem Gaſtwirth durch das prätoriſche Edict auferlegte, allerdings ſtrenge Verpflichtung will Ulpian als eine nothwendige, aus allgemeinen Gründen rechtfertigen. Maxima *utilitas* est huius edicti, bemerkt er zu dem Ende, quia necesse est plerumque eorum (sc. cauponum) fidem sequi, et res custodiae eorum committere, *ne quisquam putet graviter hoc adversus eos constitutum:* nam est in ipsorum arbitrio, ne quem recipiant: et nisi hoc esset statutum, materia daretur cum furibus coëundi, cum ne nunc quidem abstineant huiusmodi fraudibus" [2]). Zwei Punkte alſo hebt Ulpian hier vorzugsweiſe zur Rechtfertigung der ſtrengen Verordnung des prätoriſchen Edicts hervor, einmal, daß der Reiſende, durch die Verhältniſſe gezwungen, der Redlichkeit des Wirthes vertrauen und ſein Eigenthum, das er ja nicht immer mit ſich führen kann, dem Schutz des Wirthes anheimſtellen müſſe; ſodann den Umſtand, daß ja der Gaſtwirth den Reiſenden nicht aufzunehmen brauche, mithin ſich der Verbindlichkeit aus dem prätoriſchen Edict entziehen könne. Offenbar ſind dieſe beiden Rechtfertigungsgründe eine bloße Privatmeinung Ulpian's, die, eben weil ſie nichts als all-

[1]) L. 1. §. 8. L. 2. D. nautae. (4, 9). — Et puto omnium eum recipere custodiam, quae in navem illatae sunt: et factum non solum nautarum praestare debere, sed et vectorum — Gaius — *sicut et caupo, viatorum.*

[2]) Dieſer Rechtfertigungsgrund, zunächſt ein hiſtoriſcher, aus der Zeit der Erlaſſung des prätoriſchen Edicts entlehnter, wird gleichwohl von Ulpian in den Worten „cum ne nunc quidem etc." als fortwirkend, angedeutet, während für unſre Zeit derſelbe wohl eben nur ein hiſtoriſches Gewicht hat.

gemeine Gründe der Rechtfertigung eines Gesetzes sind, unmöglich selbst auch als Gesetze betrachtet und behandelt werden können. So wenig also das „cum ne nunc quidem abstineant huiusmodi fraudibus etc.“ als ein mit gesetzlicher Kraft versehener Ausspruch aufgefaßt werden darf, eben so wenig das „nam est in ipsorum arbitrio, ne quem recipiant.

In dem zweiten Fragmente behandelt Ulpian einen wesentlich anderen Fall. Sind schon Gastwirthe im Allgemeinen verpflichtet, für den Schaden, der die Sachen des Reisenden im Gasthofe trifft, einzustehen, so steigt diese Verantwortlichkeit, wenn die Beschädigung, Entwendung u. s. f. von den eigenen Leuten des Wirthes ausgeht. Der Reisende, der sich und sein Eigenthum ohnehin fremden Personen und einer ihm fremden Localität anvertrauen muß, würde doppelt gefährdet seyn, wenn er sich von lauter Unredlichen umgeben fürchten müßte. Der Wirth soll daher für die Redlichkeit seiner eigenen Hausleute, die in des Fremden Zimmer schon ex officio, z. B. Behufs der Reinigung desselben, Zutritt haben, besonders einstehen, zumal er sich diese nach vorheriger Prüfung ihres Characters (anders, wie bei den aufzunehmenden Reisenden) auswählen kann, und deßhalb doppelt bestraft werden, wenn er Taugenichtse hält, durch welche die Sachen des Reisenden entwendet worden sind. Es trifft den Wirth in solchem Falle eine in factum actio auf Ersatz des Doppelten. Unbillig aber würde es seyn, den Wirth in dieser größeren Strenge verantwortlich zu machen auch aus Handlungen von Personen, für deren Redlichkeit er unmöglich bürgen kann, und über deren Charakter Nachforschungen anzustellen, er weder Zeit noch Gelegenheit hat: so namentlich der einkehrenden Reisenden, die er, durch sein Gewerbe gezwungen, ohne weitere Auswahl, wie sie eben gehen und kommen, hat aufnehmen müssen. Wenn gleich daher das Gesetz auf der einen Seite sagt[1]: „caupo

[1]) L. un. §. 6. furti adversus nautas.

praestat factum eorum, qui in ea caupona eius cauponae exercendae causa ibi sunt", d. h. die Handlungen derer, die, wie etwa die eigene Familie und die Dienstleute, dem Gastwirth bei Ausübung seines Geschäftes an die Hand gehen, „item factum eorum, qui habitandi causa ibi sunt", d. h. derjenigen, die der Wirth als gewöhnliche Miethsleute in sein Haus aufgenommen hat, so fährt dasselbe doch auf der andern Seite fort: „viatorum autem factum non praestat". — Diese gesetzliche Bestimmung sucht nun Ulpian gleichfalls aus allgemeinen Gründen zu rechtfertigen, indem er darauf hinweist, daß der Wirth seine Reisenden nicht abwehren könne, mithin es unbillig seyn würde, ihn verantwortlich zu machen für die Nichtswürdigkeit von Leuten, die er nicht kennt, aber als Gastwirth gleichwohl aufnehmen muß. Um namentlich die Verschiedenheit des Verhältnisses bei eigentlichen Miethsleuten des Wirthes und bei Reisenden, die als Gäste aufgenommen sind, zu motiviren, macht Ulpian auf den Unterschied, der bei der Begründung dieser beiden Verhältnisse obwaltet, aufmerksam, indem er sagt: „inhabitatores perpetuos ipse quodammodo elegit, qui non reiecit [1]), — — viatorem sibi eligere caupo vel stabularius non videtur nec repellere potest iter agentes", ganz uneingedenk dessen, daß er ein andermal gerade entgegengesetzt behauptet hatte „est enim in ipsorum arbitrio, ne quem recipiant". Ist nun das eine und das andere eine bloße Privatäußerung Ulpian's, so liegt uns nicht ein Widerspruch gesetzlicher Bestimmungen, vielmehr nur ein Widerspruch allgemeiner, zur Erklärung und Rechtfertigung an sich keineswegs einander widersprechender gesetzlicher Bestimmungen, angeführter Gründe vor, ein Wider-

[1]) Denn zur Eingehung eines förmlichen Miethvertrages kann der Gastwirth freilich eben so wenig, als irgend ein anderer Hausbesitzer gezwungen werden, der sein Haus zu Miethwohnungen bestimmt hat, zumal der Zweck des Gasthauses nicht dieser letztere, sondern eben die Beherbergung vorübergehender Reisender ist.

spruch, auf den bei Entscheidung unserer Streitfrage um so weniger Gewicht gelegt werden kann, als ja selbst bei Gesetzen nicht sowohl deren etwaige Motive, vielmehr nur die verba dispositiva Gesetzeskraft haben, wie viel weniger also Motive, die ein Privatmann einem Gesetze unterlegt. Wie übrigens Ulpian dazu gekommen, bei diesen Motiven sich selbst zu widersprechen, scheint leicht erklärlich. In dem einen Falle kam es ihm darauf an, im Interesse der Billigkeit und des Reisenden oben erwähnte allgemeinere Verbindlichkeit des Gastwirths zu rechtfertigen, in dem andern Falle dagegen schien dieselbe Billigkeit zu erfordern, von dem Gastwirthe jene speciellere und strengere Verbindlichkeit abzuwenden, die, auch ohne gerade das Interesse des Reisenden zu gefährden, in der That nicht ohne Unbilligkeit dem Gastwirthe aufgebürdet werden könnte. Daß dabei das „interdum dormitat bonus Homerus“ auch einmal einem Ulpian widerfahren, ist gewiß verzeihlich.

Wenn nun sonach die Aussprüche der Quellen eine unmittelbare gesetzliche Entscheidung unserer Streitfrage nicht darbieten, so glauben wir, bei dem aus allgemeinen Rechtsprincipien oben entwickelten Resultate stehen bleiben, mithin schon privatrechtlich eine Zwangsverbindlichkeit des Gastwirthes, den Reisenden aufzunehmen, behaupten zu müssen.

Wenden wir uns nun zu dem polizeilichen Standpunkte. Es ist hier nicht der Ort, zu untersuchen, wie sich allmählich in unsern modernen Staaten die Polizeigewalt zu ihrer gegenwärtigen Bedeutung entwickelt hat, noch auch hinzuweisen auf den Gegensatz, in welchem dadurch unsere Staaten zu denen des Alterthums sich befinden. Wir haben es hier nur mit dem Einfluß der Polizeigewalt auf die in Rede stehende Frage zu thun. Dem Römischen Recht scheint eine ununterbrochene polizeiliche Beaufsichtigung der Gasthöfe in der Weise, wie wir in unsern Staaten sie finden, völlig fremd gewesen zu seyn. Das prätorische Edict begnügte sich

damit, die Gastwirthe in der oben angegebenen Weise privatrechtlich zu verpflichten, indem es dadurch für die Sicherheit der Reisenden hinlänglich gesorgt zu haben meinte. Von einer zur Anlegung eines Gasthofes erforderlichen polizeilichen Erlaubniß finden wir wenigstens keine bestimmte Spur. Ueberhaupt scheint das ganze Gewerbe ein ziemlich verachtetes gewesen und nur von Leuten niederen Standes betrieben worden zu seyn [1]). Ganz anders verhält es sich in unserer Zeit. In den meisten Staaten giebt es ein freies Recht des Einzelnen, einen Gasthof nach Belieben anzulegen, nicht, vielmehr bedarf es dazu obrigkeitlicher Concession [2]). Wir fragen, zu welchem Ende? Soll etwa dadurch nur ein gewöhnliches Privilegium begründet werden, von dem nach Belieben Gebrauch zu machen in der Willkühr des Berechtigten stände? Wir glauben, nicht. Die Polizei, indem sie die Ertheilung einer Erlaubniß sich vorbehalten, will nicht nur dem vorbeugen, daß an einem Orte zu viele Gasthöfe entstehen: sie will sich dadurch zugleich die fortwährende specielle Aufsicht über die Gasthöfe, im Interesse der Reisenden, bewahren. Also für die Reisenden soll gesorgt werden; und so haben diese auch ihrer Seits ein Recht auf die Gasthöfe, als auf eine zu ihrem Besten unter öffentlicher Aufsicht und Genehmigung getroffene Einrichtung. Wollte der Gastwirth Reisende nach Belieben abweisen, so würde dadurch nicht nur der Zweck, zu welchem ihm die obrigkeitliche Concession gegeben worden, dessen Erfüllung mithin als eine conditio tacita betrachtet werden kann, verletzt werden, sondern zugleich auch das Anrecht, welches der Reisende auf das Gasthaus hat. Um so mehr, wo die

---

[1]) Man vergleiche nur die Aeußerungen Ulpian's in L. 1. §. 1. und L. 3. §. 1. D. nautae caupones. (4, 9.)

[2]) An manchen Orten Deutschlands ward die Gastwirthschaft sogar als ein Regal angesehen. Vgl. Fischer Lehrbegriff sämmtlicher Cameral- u. Polizeirechte. Bd. III. §. 295 ff.

Obrigkeit an einem Orte nur eine bestimmte, geschlossene Anzahl von Gasthöfen duldet, wo also, je weniger der Gasthöfe sind, der Reisende, stände es im Belieben der Gastwirthe ihn aufzunehmen oder abzuweisen, desto mehr Gefahr laufen würde, vielleicht unter freiem Himmel campiren zu müssen. Demnach tragen wir kein Bedenken, auch polizeirechtlich eine Zwangsverbindlichkeit des Gastwirths, den Reisenden aufzunehmen, zu behaupten. Eben dieser Ansicht sind nicht nur namhafte ältere, wie neuere Polizeirechtslehrer [1]), sondern es stimmen damit auch einzelne Landes- und Polizeiordnungen [2]) überein. Daß nun dabei factische Unmöglichkeit der Erfüllung, z. B. wenn alle Zimmer seines Hauses bereits besetzt sind, den Gastwirth bei Abweisung neu ankommender Reisenden entschuldige, bedarf keiner weiteren Ausführung. Der Grundsatz des Römischen Rechts „impossibilium nulla obligatio est" [3]) würde auch hier volle Anwendung erleiden, und dabei kann es natürlich keinen Unterschied machen, ob z. B. sämmtliche Zimmer des Gasthauses bereits wirklich besetzt, oder nur im Voraus von

---

[1]) Z. B. Bernhard von Rohr vollständiges Haushaltungsrecht. Bd. IX. Cap. 7. §. 2. Leipzig 1716. Heumann initia iuris politiae. Norimberg. 1757. cap. XXXI. §. 258. Hagemann Handb. des Landwirthschaftsrechts. Abschn. 4. Cap. 7. §. 68. Hannover 1807. Eschenmayer Lehrbuch über das Staatsökonomierecht. Bd. II. §. 687. Frankfurt 1809. u. a.

[2]) So heißt es in der Brandenburger Polizeiordnung von 1561 Art. 3: „welcher Gastwirth nicht geschickt wäre, seine Gäste zu bewirthen, oder sich des Herbergens weigern würde, soll ums 10 fl. zur Strafe verfallen seyn"; desgl. in der Meklenburger Polizeiordnung von 1572 Tit. 32: „so wollen und befehlen wir — daß sie zur Nachrichtung des fremden wandernden Mannes, Zeichen oder Schilde aushängen — — und die wandernden Leute, sie kommen zu Roß, Wagen oder Fuß, einnehmen und beherbergen, und dieselben nicht zu andern Leuten verweisen, es wäre denn, daß sie allbereit so viele Gäste hätten, daß sie die nicht annehmen könnten". Vgl. auch die Churſächsische Polizeiordnung, Tit. 12.

[3]) L. 185. D. de reg. iur. (50, 17.)

noch nicht eingetroffenen Reisenden bestellt worden sind; denn der Wirth, der die Bestellung angenommen, darf dann nicht mehr frei über dieselben disponiren, daher wir ihm auch, kommt der angemeldete Reisende nicht, unbedenklich gegen denselben eine Entschädigungsklage, vorausgesetzt, daß der Gastwirth in Folge der Bestellung wirklich andere Gäste hat abweisen müssen, zugestehen. Seine eigenen Wohnzimmer den Reisenden einzuräumen, kann der Wirth eben so wenig gezwungen werden, als er berechtigt ist, über Zimmer, die er besonders, sey es für längere Zeit, oder für einen vorübergehenden Zweck, etwa für eine Abendgesellschaft, Concert, Ball u. s. w. vermiethet hat, zu Gunsten neu ankommender Reisenden zu disponiren. Guyet[1]) redet auch von einer moralischen Unmöglichkeit der Aufnahme Reisender. Der Ausdruck ist nicht ganz deutlich. Ohne Zweifel wollte er damit sagen, daß es Fälle gebe, in denen dem Gastwirth die Aufnahme bestimmter Reisenden gesetzlich untersagt ist, und Verbote dieser Art kommen allerdings in einzelnen Landes-Polizeiordnungen vor. So dürfen, um nur eines Falles zu erwähnen, in Rußland, nach Allerhöchsten, wiederholt erneuerten Verordnungen, Deserteure, Läuflinge und Paßlose von Niemand beherbergt, so wie auch, wenn zur Zeit ansteckender Krankheiten besondere Quarantaineanstalten errichtet sind, Personen ohne ein Entlassungszeugniß aus denselben, in Gasthöfen nicht aufgenommen werden.

---

[1]) Guyet a. a. O. S. 52.

XIII.

Ueber die Wirkung der Clausula codicillaris in Bezug auf eine nach Nov. 115. nichtige Erbeneinsetzung.

Von

Herrn Dr. iur. **Degener** in Blankenburg.

Die Kodizillarklausel, ursprünglich vielleicht nur eine Remedur gegen rein formelle Mängel eines Testaments, hierauf aber schon in dem Rechte der Pandekten nicht mehr beschränkt, kennt das Römische Recht in verschiedenen Formen; sie liegt sowohl in der ausdrücklichen Vorschrift: „ut vim etiam codicillorum scriptura debeat obtinere", wie es in L. 8. §. 1. C. de cod. (6, 36.) heißt, als auch in jeder andern Aeußerung des Testators, welche den Wunsch, daß eine letztwillige Verfügung unter allen Umständen aufrecht erhalten werden möge, zu erkennen giebt [1]), und insofern ist es, wie Papinian in L. 13. §. 1. D. de cod. (29, 7.) sich ausdrückt, eine „quaestio voluntatis", ob ein Testament in einem bestimmten Falle als Kodizill gelten darf oder nicht.

[1]) cf. L. 12. §. 1. de injust. test. (28, 3.) L. 29. §. 1. D. qui test. (28, 1.) L. 88. §. ult. D. de leg. 2. (31.) L. 13. D. de inoff. (5, 2.)

Ueber die Bedeutung und Wirkung dieser Klausel ist man im Allgemeinen einverstanden; handelt es sich darum, daß gerade das Testament, dem dieselbe beigegeben ist, als Kodizill dadurch erhalten werden soll, so gilt dieses eventuell als ein „codicillus ab intestato"; der heres institutus, wenn und in so weit derselbe nicht zugleich ein erbfolgeberechtigter Intestaterbe ist, verliert dann, worüber die auf diesen Gegenstand bezüglichen Gesetze keinen Zweifel aufkommen lassen [1]), den Karakter des direkten Erben und nimmt dagegen den eines Fideikommissarerben an, während auf der andern Seite, was den Haupterben anbelangt, die „successio ab intestato" eröffnet und, wie sich Perez in seinem Kommentare [2]) sehr präzise ausdrückt, es so angesehen wird, „quasi ab intestato succedens censeatur rogatus eam hereditatem restituere illis, qui verbis directis fuerant instituti". — Handelt es sich dagegen darum, daß ein früheres Testament als Kodizill neben einem jüngeren durch jene Klausel aufrecht erhalten werden soll, so gilt im Allgemeinen dasselbe, nur mit dem Unterschiede, daß dann ein codicillus testamento confirmatus vorliegt und der testamentarische Erbe als Fiduziar erscheint [3]).

Nach dem Zwecke und den Folgen der Kodizillarklausel lassen sich nun mit Sicherheit alle Fälle bestimmen, in denen dieselbe überhaupt wirksam seyn kann; mit Konsequenz folgt daraus die von den meisten Rechtslehrern angenommene Regel, daß jene Klausel ein Testament überall dann als Kodizill erhält, sobald der Testator zur Errichtung einer letztwilligen Disposition fähig war und die in Frage stehende Willensordnung nur die gesetzlichen Erfordernisse eines Kodizills an sich

---

[1]) cf. S. 403. not. 1. u. L. 8. C. de cod. (6, 36.)

[2]) Comm. in Cod. Lib. 6. tit. 36. §. 8.

[3]) L. 12. §. 1. D. de injust. (28, 3.) L. 29. D. ad SCtum. Treb. (36, 1.)

trägt [1]). Nur auf dieſe Erforderniſſe kann es ankommen. Die Gründe, welche in einem beſondern Falle ein Teſtament nichtig erſcheinen laſſen, können zwar von der Art ſeyn, daß danach auch jede andere letztwillige Verfügung und namentlich ein Kodizill, ohne Erfolg bleiben müßte; es würde dieſes z. B. der Fall ſeyn, wenn dem Teſtator die testamenti factio fehlte, wenn das Teſtament, dem die Kodizillarklauſel angehängt iſt, unter den Begriff eines testamentum irritum fällt, oder wenn daſſelbe durch eine ſpätere Willensänderung aufgehoben wurde [2]); und hiermit ſteht die gegebene Regel auch nicht im Widerſpruche; — allein wo aus beſondern Gründen ein Teſtament nur als ſolches nichtig erſcheint, da können dieſe Gründe, ſobald das in Frage ſtehende Teſtament mit der clausula codicillaris verſehen und durch die Wahl des eingeſetzten Erben in ein Kodizill umgewandelt iſt, konſequenter Weiſe gar nicht in Betracht kommen. Ganz allgemein und von allen Fällen der Nichtigkeit von Teſtamenten iſt es daher zu verſtehen, wenn ſich L. 8. §. 1. C. h. t. und L. 11. de test. man. (7, 2.) dahin ausſprechen, daß durch die Kodizillarklauſel jedes Teſtament erhalten werde, das als ſolches nicht gelten könne; es ſich alſo namentlich die Worte in L. 11. cit. „testamentum, quod jure non subsistit“ — nicht etwa in dem ſtrengen techniſchen Sinne zu verſtehen, welcher in L. 1. D. de injust. test. (28, 1.) mit dem Ausdrucke: „testamentum non jure

---

[1]) cf. Thibaut Syſt. 8te Aufl. §. 936. Franke Notherb.-Recht. §. 33. Die Ausnahme, welche der Letzte S. 418. berührt, wird im Allgemeinen anerkannt werden müſſen; (vergl. hierzu L. 92. D. de hered. inst. (28, 5.) indeß nur mit der Beſchränkung, welche L. 24. §. 11. D. de fideic. lib. (40, 5.) an die Hand giebt. Die Klauſel wird alſo auch den irrthümlich übergangenen Notherben binden, ſobald über die Abſicht des Erblaſſers, daß jeder ſeiner etwaigen Erben ohne Ausnahme einer (eventuell) kodizillariſchen Verfügung nachkommen ſolle, — kein Zweifel vorliegt.

[2]) Thibaut a. a. O.

factum", — von den klassischen Juristen verbunden wird. Hiermit stimmt dann aber die Regel überein, welche L. 16. D. de jur. cod. (29, 7.) dahin giebt: „quicunque ab intestato successerit, locum habent codicilli; — nec interest, quis succedit, dum ab intestato succedat", und diese Regel muß, was keinem Bedenken unterliegen kann, und in L. 24. §. 11. D. de fideic. lib. (40, 5.) überdieß bestätigt wird, — wenn hier Ulpian die Behauptung aufstellt, daß durch die Kodizillarklausel ein Testament auch für den posthumus, der dasselbe rumpire, verbindlich gemacht werden könne [1]), — namentlich auch auf den Fall Anwendung leiden, wo ein ursprüngliches Testament durch die Kodizillarklausel in einen „codicillus ab intestato" umgewandelt wird.

Halten wir den oben hervorgehobenen Gesichtspunkt fest, so wird es nicht zweifelhaft seyn, daß die Kodizillarklausel auch in dem Falle ihre allgemeine Wirksamkeit äußern muß, wo ein Testament mit einer nach Nov. 115. nichtigen Erbeneinsetzung in Frage steht. Auch der Notherbe ist verpflichtet, einem „codicillus ab intestato" Folge zu leisten und wenn der Notherbe durch Bestimmungen eines solchen Kodizilles an seinen Rechten verletzt wird, so kann derselbe ebenso wie jeder andere

[1]) Mühlenbruch (in Glück's Komment. Bd. 37. S. 373.) ist zwar der Ansicht, daß Ulpian wahrscheinlich von einem eigentlichen codicillus ab intestato rede; allein die Fassung der L. 24. §. 11. cit. ergiebt, daß es sich um die Frage handelte, ob gerade die in einem per agnationem posthumi rumpirten Testamente hinterlassenen libertates vom Erben geleistet werden müßten? — und daß hierauf die Antwort ertheilt wird: „libertates non deberi, quas non a legitimis quoque heredibus paterfamilias reliquerit"; daß also das rumpirte Testament für den posthumus nur insofern verbindlich seyn würde, als jeder Intestaterbe dasselbe hätte anerkennen müssen. Es kann hiernach in der angeführten Stelle nur von der Kodizillarklausel die Rede seyn, weil nur dadurch das rumpirte Testament für den posthumus bindend bleiben konnte. cf. L. 3. pr. §. 1. D. de jur. cod. (29, 7.)

Intestaterbe bekanntlich nicht etwa deßhalb das Kodizill umstoßen, sondern er muß sich vielmehr lediglich und allein mit den gesetzlichen Abzügen des Pflichttheils und der falzidischen oder trebellianischen Quart begnügen. Was aber von dem eigentlichen codicillus ab intestato gilt, muß aus gleichen Gründen auch von einem Testamente gelten, welches vermöge der clausula codicillaris in der Form und mit den Wirkungen eines codicillus ab intestato nach den Gesetzen aufrecht erhalten werden darf. —

Dieser Ansicht pflichten nun auch die meisten älteren und neueren Rechtslehrer bei [1]) und in der That lassen sich für die entgegengesetzte Meinung kaum einmal Gründe anführen.

In neuester Zeit hat indeß namentlich Mühlenbruch die hier adoptirte Ansicht, welche man mit Recht die herrschende nennen darf, wieder bestritten [2]); der Versuch einer Widerlegung des Letzten wird daher nicht am unrechten Orte seyn, und das um so mehr, als dessen Theorie, wie der nachfolgende Rechtsfall ergiebt, schon Eingang bei unsern Dikasterien gefunden hat. — Besonderes Gewicht legt Mühlenbruch zunächst auf ein Responsum des Paullus in L. 13. D. de inoff. (5, 2.), wo dieser sich in Bezug auf die einem pflichtwidrigen Testamente angehängte Kodizillarklausel dahin ausspricht: „ne fideicommissa ab intestato data deberi quasi a demente", daß die Klausel also hier ohne Wirkung bleibe. Aus diesem Responsum folgt aber, wie schon Franke erinnert hat [3]), durchaus keine Regel für alle Fälle, in welchen ein

---

[1]) Vorr. Comm. in Pand. Lib. 5. tit. 2. §. 14. Thibaut a. a. O. §. 936. v. Wening-Ingenheim Lehrbuch 2te Aufl. Buch V. §. 216. 217. — Franke Notherb.-R. §. 33. S. 416 ff.

[2]) Doct. Pand. Ed. 2da §. 501. Dessen Pand.-R. 2te Aufl. §. 785. Fortsetzung v. Glück's Komment. Bd. 37. S. 368 ff. (S. 288. Not. 51a.)

[3]) a. a. O. S. 418.

Teſtament wegen der Verletzung von Notherbenrechten nichtig iſt.

In L. 13. cit. iſt von einem Teſtamente die Rede, welches mit dem centumvirale judicium, das heißt [1]), mit der querela inofficiosi testamenti umgeſtoßen wurde und nur die Rechtsfiction, der Teſtator ſey „non sanae mentis“ geweſen [2]), neben welcher eine auch für das Kodizill [3]) erforderliche testamenti factio nicht beſtehen konnte, machte es hier unmöglich, daß das Teſtament als Kodizill erhalten wurde [4]). Liegt aber, wie dieſes nicht zu verkennen iſt, der Entſcheidung in L. 3. cit. lediglich jene Rechtsfiction zu Grunde, ſo ſpricht das allegirte Geſetz ſogar gegen Mühlenbruch's Anſicht, indem mit Grund vorausgeſetzt werden darf, daß Paullus, wenn überhaupt durch die Verletzung von Notherbenrechten die Wirkſamkeit der Kodizillarklauſel nach deſſen Anſicht paraliſirt werden mußte, nicht ausdrücklich nur jenen einen Fall ausgenommen haben würde. Daß übrigens Paullus nur das ältere Recht vor Augen haben konnte, iſt in der Sache ſelbſt unerheblich, wenn, wie ſich unten zeigen wird, nicht das Recht der Nov. 115. ausdrücklich oder ſeinem Geiſte nach ein anderes Prinzip an die Hand giebt.

Dieſes ſoll nun allerdings nach Mühlenbruch's Anſicht der Fall ſeyn, und zwar beſonders deßhalb, weil nach Nov. 115. der Notherbe entweder förmlich eingeſetzt oder enterbt werden müſſe, und weil ſo wenig eine förmliche Einſetzung zu erkennen ſey, wenn der Notherbe, — was, wie Mühlenbruch anzunehmen ſcheint, der Fall iſt, wenn ein nach der Nov. 115.

---

[1]) Cujac. ad Scaevolam. Opp. Ed. Mut. tom. VI. pag. 728.

[2]) L. 17. §. 1. D. de inoff. (5, 2.) L. 36. D. de leg. 3. (32.)

[3]) L. 5. C. h. t. (6, 36.)

[4]) Auch die Glossa ad Leg. 29. §. 1. D. qui test. (28. 1.) u. ad L. 13, de inoff. hebt dieſen Umſtand hervor und hält ſonſt die cl. cod. allgemein für wirkſam.

quoad heredis institutionem nichtiges Testament als Kodizill erhalten wird [1]); — nur fideicommissarisch bedacht werde, noch auch endlich die Kodizillarklausel die Wirkung einer direkten Einsetzung für den Notherben haben könne.

Die Richtigkeit dieser Sätze an sich wird Niemand bestreiten; Niemand wird darin aber auch, wenn er nicht zugleich das Wesen und die Wirkung der Kodizillarklausel aus den Augen setzt, eine nur schwache Grundlage für jene Ansicht finden.

Der Erblasser hat nach Nov. 115. nur dann den Notherben förmlich einzusetzen oder zu enterben, wenn er ein Testament, das nur als solches gelten soll, hinterlassen will; nirgend schreibt die Novelle aber vor, daß der Testator den Notherben jedenfalls in einem Testamente rufen müsse, vielmehr versteht es sich nach der Natur der Sache von selbst, daß man den Notherben auch als Intestaterben eintreten lassen kann. In jedem Falle kommt der Notherbe zu seinem vollen Rechte, zu dem „nomen heredis directi“ und den damit unzertrennlich verbundenen Befugnissen. Fügt nun der Testator einem Testamente, in welchem der Notherbe übergangen oder unförmlich enterbt wurde, die Kodizillarklausel bei, und erklärt sich der wahlberechtigte Institutus für dieselbe, ist also dem Notherben die successio ab intestato mit dem nomen directi heredis eröffnet, so kann von einem Verstoße gegen die absoluten Vorschriften der Nov. 115. eben so wenig die Rede seyn, als von einem Testamente, welches dann gar nicht in Frage kommt. Man werfe hiergegen nicht ein, daß doch zunächst der Testator ein Testament habe machen wollen, und daß dieses von vorn herein nichtig gewesen sey; diese Nichtigkeit kann nur das Testament als solches treffen, nicht aber das davon völlig unabhängige Kodizill. Ein Testament, wenn sich

[1]) cf. D. P. §. 501. not. 3. „quibus accedit, necessarios heredes rite vel instituendos vel exheredandos esse, nec vero rite factam videri institutionem, quae per fideicommissi verba fiat“.

der Institutus einmal für die Kodizillarklausel entschieden hat, ist dann nie vorhanden gewesen, sondern es muß vielmehr so angesehen werden, als ob von vorn herein nur ein Kodizill existirt hätte. Konsequenter Weise kann mindestens eben so wenig in dem hier behandelten Falle die anfängliche oder späterhin eintretende Nichtigkeit eines Testaments in Frage kommen, als es nach den Gesetzen da statthaft ist, wo ein mit der Kodizillarklausel versehenes Testament wegen Mangels der gehörigen Anzahl von Zeugen ursprünglich nichtig war, oder per adgnationem posthumi rumpirt, oder endlich, abgesehen von Thatsachen, welche auch der Verbindungskraft eines Kodizills Abbruch thun würden, aus irgend einem andern Grunde nichtig wurde. —

Schon hiermit sind die weiteren Ausführungen Mühlenbruch's, soweit es sich um die Fragen handelt, ob eine fideikommissarische Einsetzung des Notherben genügt, oder ob die Kodizillarklausel dem Mangel der direkten Einsetzung des Notherben abhelfen könne, widerlegt. Es ist ein Verkennen des in den Gesetzen klar angegebenen richtigen Gesichtspunktes, wenn man in den Fällen, wo die Kodizillarklausel wirksam wird, den eingesetzten Erben dennoch als direkten Erben gelten lassen will. Nimmt das durch die Klausel erhaltene Testament einmal die Natur eines Kodizills an, so muß vielmehr entweder ein zweiter testamentarischer Institutus, wie in den Fällen der L. 12. §. 1. D. de injust. (28, 3.) und der L. 29. D. ad SCt. trebell. (36, 1.); — oder der Intestaterbe den Platz des direkten Erben einnehmen, und nur in dieser Art kann es verstanden werden, wenn Julian in L. 2. §. ult. D. h. t. (29, 7.) lehrt: „hereditas in testamento inutiliter data non potest codicillis quasi hereditas confirmari, sed ex fideicommisso petitur salva ratione falcidiae".

Nicht der Notherbe wird also in dem hier in Frage stehenden Falle Fideikommissar, sondern eben kein anderer, als der in dem mit der Kodizillarklausel versehenen Testamente

„inutiliter“ eingesetzte Erbe, wogegen der Notherbe als direkter heres ab intestato und als Fiduziar dasteht. In der umgekehrten Ansicht würde jedenfalls ein Mißgriff liegen, der nicht nur gegen die klaren gesetzlichen Folgen der Kodizillarklausel, sondern auch gegen das bekannte Axiom des §. 2. J. de cod. (2, 25.) verstößt. — In älterer Zeit hat die hier bestrittene Ansicht hauptsächlich in einem Konfundiren der Folgen der querela inofficiosi testamenti mit denen der Rechtsmittel des neueren Rechts und in der Inoffizioſitätstheorie ihren Grund gehabt; ist aber, was nach Franke's Untersuchung nicht wohl bezweifelt werden mag, nur die Nullitätstheorie die richtige, so liegt, abgesehen von dem Vorhergehenden, auch sonst keine Bestimmung in Nov. 115. vor, welche der Ansicht Mühlenbruch's das Wort reden könnte. Nov. 115. spricht nicht, wie das ältere Recht, dem pflichtwidrig Testirenden die sana mens und die testamenti factio ab, sondern abstrahirt, wie es die Bestimmungen über die Verpflichtung des obsiegenden Notherben zur Zahlung der Legate u. dergl. außer allen Zweifel setzen, von dieser fictio juris ganz und gar. Die Rechtsmittel der Nov. 115. zielen nur darauf ab, den heres institutus als direkten Erben aus dem Wege zu räumen; diese rescissorischen Rechtsmittel müssen aber unnütz und unstatthaft erscheinen, wenn der heres institutus als direkter Erbe freiwillig zurücktritt; und das ist ja eben der Fall, sobald dieser sich für die Kodizillarklausel entscheidet.

Daß aber der Notherbe in diesem Falle wegen der Konkurrenz des eigentlichen oder ursprünglichen Institutus als eines nunmehrigen Fideikommissarerben weniger erhält, als es ohne das der Fall gewesen seyn würde, kann überhaupt nicht in Betracht kommen; mit den Vorschriften der Nov. 115. ist es sehr wohl verträglich, wenn der Notherbe nicht mehr erhält, als die portio legitima, und überhaupt huldigt diese Novelle, was Niemand bestreiten wird, vorzugsweise der Maxime, letztwillige Verfügungen, soviel wie möglich und soweit es nur

ohne wirkliche Beeinträchtigung von Notherbenrechten geschehen kann, bei Kräften zu erhalten. —

Wenden wir uns jetzt zu einem Rechtsfalle, der von dem obersten Gerichtshofe des Herzogthums Braunschweig nicht nach der hier adoptirten, sondern nach der neuerdings von Mühlenbruch verfochtenen Theorie entschieden ist. —

Der Pastor C. zu E. verheirathete im Jahre 1825 eine Tochter, Namens Sophie, an den damaligen Braunschweigischen Förster W. zu T., und wurde diesem außer verschiedenen Mobilien von der Frau während der Ehe ein baares Kapital von 800 Rthlrn., welches derselben von einer mütterlichen Freundin legirt war, inferirt.

Die Ehe des W. und der Sophie C. blieb kinderlos und so sahen sich, da der Erste im Laufe des Jahres 1831 sehr kränklich wurde, die W....'schen Eheleute, hauptsächlich auf Anrathen der C....'schen Familie und um demnächstigen Erbstreitigkeiten vorzubeugen, veranlaßt, unter dem 20ten Septbr. 1831 ein gegenseitiges Testament vor dem damaligen Herzogl. Kreisamte Hasselfelde zu Protokoll zu geben, in welchem dieselben sich gegenseitig, mit Uebergehung aller andern Prätendenten, als Universalerben einsetzten. W. war damals schon in den Jahren vorgerückt und schwächlich, so, daß nach dem natürlichen Laufe der Dinge, da die Frau im Verhältnisse zu jenem noch jung war, der frühere Tod des Ehemanns zu erwarten stand; der Zufall wollte es indeß, daß die W....'sche Ehefrau ihr Geschick früher und zwar schon im Dezbr. 1833 erfüllte. W. behielt hierauf in Gemäßheit der erwähnten testamentarischen Disposition den ganzen Nachlaß seiner Ehefrau an sich, blieb aber zugleich auch fortwährend in den freundschaftlichsten Beziehungen zu der C....'schen Familie, namentlich zu dem Schwiegervater selbst, der bis fast 5 Jahre nach dem Tode der Tochter mit Ansprüchen auf Herausgabe eines Theils des Nachlasses der Letzten den Schwiegersohn auch nicht behelligte und im Uebrigen, wie nachmals W. in den Prozeß-

verhandlungen behauptete, mit dem Inhalte des oben gedachten gegenseitigen Testaments nicht nur bekannt war, sondern auch dazu gerathen haben sollte, dasselbe, wie geschehen, abfassen zu lassen.

W. verheirathete sich inzwischen nach Verlaufe mehrer Jahre wieder, — und — mochten nun besondere Ursachen zu Grunde liegen, — bald lösete sich das freundschaftliche Verhältniß zum Schwiegervater auf; die Spaltung wurde immer größer und endlich trat C. sogar im Oktbr. 1838 mit einer Klage hervor, in welcher derselbe als Intestaterbe seiner verstorbenen Tochter Sophie die Hälfte [1]) des ganzen Nachlasses derselben von W. forderte. —

Der Beklagte entgegnete diesem Klaganspruch zunächst mit Bezugnahme auf das vorhin erwähnte Testament, welches inzwischen einige Jahre vorher bei dem großen Hasselfelder Brande ein Raub der Flammen geworden war, den Einwand, daß der Kläger unter den obwaltenden Verhältnissen nicht mit der hereditatis petitio ab intestato libelliren könne, und deckte sich, als jener replicando auf den Grund der Nov. 115. das Testament qu., weil er in demselben präterirt worden, als nichtig angefochten hatte, späterhin in der Duplik mit dem Einwurfe, daß dem fraglichen Testamente, wenn dieses als solches in der That nichtig seyn sollte, doch die Kodizillarklausel beigefügt und die Forderung des Klägers auf die Hälfte des ganzen streitigen Nachlasses unter diesen Umständen unbegründet sey.

Das Erkenntniß erster Instanz, welches von dem Herzogl. Kreisgerichte Blankenburg abgegeben wurde, berücksichtigte diesen Einwand nicht, sondern verurtheilte den Beklagten, der die Präterition des Klägers in dem mehrerwähnten Testamente zugestanden hatte, zur Herausgabe der Hälfte des Nachlasses nach einem Inventare oder einer eidlichen Spezifikation, imgleichen

---

[1]) Nach Herzogl. Braunschweigischen Landesgesetzen erbt der Ehegatte Mindestheil.

zur Rechnungsablage über die Früchte und zur Herausgabe der Hälfte derselben an den Kläger.

Gegen dieses Erkenntniß verfolgte der Beklagte die Appellation und suchte, abgesehen von andern Beschwerdepunkten, besonders nach den im Vorhergehenden entwickelten Grundsätzen, darzuthun, daß ihm der Beweis des Vorhandenseyns der Kodizillarklausel jedenfalls hätte nachgelassen werden müssen, wogegen der Kläger, nachdem demselben die Appellationsschrift des Beklagten zur Vernehmlassung mitgetheilt war, besonders die Behauptungen zu begründen suchte, daß das Vorbringen des Beklagten hinsichtlich der Kodizillarklausel nicht nur verspätet, sondern auch deßhalb unzulässig sey, weil jener sowohl dadurch, daß er in Folge des fraglichen Testaments im Besitze des ganzen streitigen Nachlasses geblieben sey, als auch dadurch, daß er sich behufs Elision der Ansprüche des Klägers auf jenes Testament berufen, schon deutlich genug zu erkennen gegeben habe, wie er sich als Erben und die mehrgedachte letztwillige Verfügung als Testament betrachtet wissen wolle.

Das Herzogliche Landesgericht zu Wolfenbüttel reformirte indeß durch ein Erkenntniß vom 31ten März 1840 in Gemäßheit der Beschwerde des Beklagten die Sentenz erster Instanz, und ließ dem Letzten den Beweis nach:

„daß seine verstorbene Ehefrau in einem im Sept. 1831 vor dem damaligen Herzoglichen Kreisamte in gesetzlicher Form errichteten Testamente ihn zum Universalerben eingesetzt, dem Testamente auch die Kodizillarklausel hinzugefügt habe."

Die hierher gehörigen Entscheidungsgründe, deren nähere Angabe gewiß von besonderem Interesse seyn wird, gehen auf Folgendes hinaus:

„Es kommt darauf an, ob durch die vom Beklagten in Bezug genommene, dem Testamente angeblich hinzugefügte Kodizillarklausel eine Aenderung bewirkt wird. Für verspätet kann dieses Vorbringen des Beklagten nicht erachtet werden;

denn wenn Kläger die Nichtigkeit des Testaments nicht geltend machte, war die Klausel ganz unerheblich und ebenso wie Kläger die Berufung auf die Nichtigkeit des Testaments bis zur Replik verschieben konnte und wirklich verschoben hat, mußte es auch dem Beklagten unbenommen bleiben, auf die Kodizillarklausel in der Duplik hinzuweisen. Gleichgiltig ist es dabei, daß eine rechtsbeständige Einsetzung des Beklagten zum Universalerben ihm ein direktes Erbrecht verleihen würde, während durch die in der Duplik enthaltene Berufung auf die Kodizillarklausel Beklagter zum Fideikommissar wird, da die Grundsätze über mutatio libelli keine Anwendung auf den Beklagten leiden [1]), dem die Geltendmachung der die klägerischen Ansprüche ganz oder theilweise aufhebenden Thatsachen in der durch die Verhandlungsmaxime bestimmten Ordnung frei stehen muß.

Auch die Vorschrift der L. ult. C. de cod. (6, 36.) ist dem Beklagten nicht, wie Kläger meint, entgegenzustellen [2]). Der Grund dieser Vorschrift liegt offenbar darin, daß, wer durch konkludente Handlungen, namentlich durch Anstellung einer Erbschaftsklage mit Bestimmtheit erklärt hat, Erbe seyn zu wollen, oder umgekehrt dadurch, daß er ein ihm hinterlassenes Fidei-

[1]) In dieser Ausdehnung möchte die hier aufgestellte Behauptung wohl mit Recht Widerspruch erfahren, indem das thatsächliche, einer besondern Einrede zu Grunde liegende Vorbringen auch nicht beliebig verändert werden darf und die Gleichheit der Parteienrechte für eine Anwendung der Grundsätze über die mutatio libelli auch auf das selbstständige Anführen des Beklagten spricht. Vgl. Gönner Handb. Th. I. Abh. Nro. 13. S. 312. u. Nro. 20. S. 427. Es soll hier auch wohl nur darauf hingedeutet werden, daß der eventuelle Gebrauch einander selbst widersprechender Vertheidigungsmittel auf Seiten des Beklagten gesetzlich erlaubt ist.

[2]) Die folgenden Entscheidungsgründe geben einen erschöpfenden Kommentar zu L. 8. C. h. t. (6, 36.), weßhalb denn auch im Vorhergehenden über die praktische Bedeutung dieses Gesetzes nichts gesagt ist.

kommiß in Anspruch nahm, einen Andern als Erben anerkannte, an diese Handlungen gebunden ist, und die Folgen derselben nur durch erwirkte Restitution aus dem Wege räumen kann, insofern er nicht zu den im §. 2. des angeführten Gesetzes erwähnten, mit dem Verstorbenen nahe verbundenen Personen gehört. Zweifelhaft könnte es schon seyn, ob diese Vorschrift überall da Anwendung leidet, wo der rechtliche Grund einer Erbschaftsantretung, insbesondere, wie im vorliegenden Falle, wegen Nichtigkeit der Erbeseinsetzung ganz wegfällt [1]); cf. L. 5. §. 1. D. de his quae ut indign. (34, 9.) L. 19. D. de inoff. test. (5, 2.) jedenfalls ist aber zur Wirksamkeit der in L. ult. C. cit. enthaltenen Bestimmung erforderlich, daß entweder die von dem Honorirten über die Wahl abgegebene Erklärung eine rechtskräftige richterliche Entscheidung bereits herbeiführte, (Mühlenbruch's Pandekten-R. Thl. 3. §. 686.) oder wenigstens die Erklärung selbst bestimmt genug ist, um über die Ansicht des Honorirten keinen Zweifel zu lassen.

Eine solche rechtskräftige richterliche Entscheidung ist bisher noch nicht erfolgt, und ebensowenig enthält die Vernehmlassung eine völlig bestimmte Erklärung des Beklagten in Betreff der Wahl, auch abgesehen davon, daß zu dieser Erklärung, insoweit sie einen Verzicht auf die aus der Kodizillarklausel für den Beklagten originirenden Rechte enthalten soll, eine Spezialvollmacht (des Anwaltes des Beklagten) erforderlich gewesen seyn würde. In der Vernehmlassung ist in der That nur auf das factum Bezug genommen, daß die verstor-

---

[1]) Man vergl. hierzu: Cujac. ad L. 46. D. de adq. hered. (29, 2.) Tract. I. ad Afric. (Opp. Ed. Mut. tom. I. pag. 1095—1099).

Nach den hier aufgestellten Grundsätzen würde wenigstens in der nachmaligen Rescission des Testaments ein Grund liegen, dem Beklagten Restitution gegen eine definitiv getroffene Wahl zu ertheilen.

bene Ehefrau des Beklagten diesen in dem fraglichen Testamente zum Universalerben eingesetzt habe, und der hieraus gezogenen Folgerung, „daß Kläger erst das Testament aus dem Wege räumen müsse", ausdrücklich die Bemerkung hinzugefügt, „es solle dahin gestellt bleiben, ob Kläger jener testamentarischen Bestimmung ungeachtet auf einen Theil des Nachlasses Anspruch machen könne"; für den Fall, daß er dieß durch Darlegung einer Nichtigkeit des Testaments thun wollte, mußten dem Beklagten seine Zuständigkeiten in salvo bleiben.

Die dem Testamente hinzugefügte Kodizillarklausel würde aber bewirken, daß der Kläger nur auf den Pflichttheil und die quarta Trebellianica, mithin auf $^7/_{12}$ seines Intestaterbtheils Anspruch machen kann [1]), denn wenn gleich durch das Uebergehen eines Notherben nach der Nov. 115. die Nichtigkeit des Testaments „quantum ad heredum institutiones" herbeigeführt und die testamentarische Erbfolge elidirt wird, mithin nunmehr Intestaterbfolge eintreten muß, so können dennoch daneben die dem Beklagten in dem Testamente seiner Ehefrau zugewandten Vortheile, insoweit sie nicht einerseits ihm schon als Intestaterben zufallen und anderer Seits Pflichttheilsrechte des Klägers nicht verletzen, — als Universalfideikommiß sehr wohl bestehen. In Folge der von der Testatrix hinzugefügten Kodizillarklausel muß man die eventuelle Umwandlung der Erbeneinsetzung in ein Universalfideikommiß als von ihr beab-

---

[1]) Die Frage: ob die Ascendenten außer der falzidischen oder trebellianischen Quart ebenso wie die Descendenten den Pflichttheil vorweg abziehen dürfen, verneint unter Andern Vorr. Comm. in Pand. Lib. V. tit. 2. §. 16. aus dem Grunde, weil das kanonische Recht nur „intuitu descendentium" in dieser Beziehung das Römische Recht ergänzt habe. Mit Grund wird aber, wie hier, die gleiche Befugniß den Ascendenten als Notherben zugesprochen, weil, wie klar aus c. 16. 18. X. de test. (3. 26.) hervorgeht, das kanonische Recht ganz allgemein den Notherben gegen den Extraneus bevorzugen will.

sichtigt annehmen, und es tritt daher dasselbe Verhältniß ein als wenn durch die in Intestatkodizillen angeordneten Vermächtnisse der Nachlaß erschöpft ist. In diesem Falle wird der Intestaterbe als solcher zwar Anspruch auf die quarta Trebellianica und als Pflichttheilsberechtigter nach dem kanonischen Rechte außerdem auch auf den Pflichttheil haben; weiter kann er aber die letztwilligen Dispositionen nicht anfechten, und wenn gleich nach dem Inoffizioſitätssysteme die Sache sich anders verhalten würde, weil ein homo quasi non sanae mentis zu jeder Willensbestimmung unfähig ist, also auch die Kodizillarklausel seinem Testamente nicht wirksam hinzufügen kann, so fällt doch mit der Annahme des Nullitätssystemes auch dieser Grund hinweg." — Franke Notherben-R. §. 33. u. s. w.

Dieses Erkenntniß, auf dessen gründliche Konsequenz kaum hingedeutet zu werden braucht, wurde im Wege der Appellation von dem Kläger angefochten und das gemeinschaftliche Oberappellationsgericht zu Wolfenbüttel hob auch demgemäß durch eine Sentenz vom 15ten Oktober 1841 die angeführte Entscheidung zweiter Instanz schlechthin wieder auf. Die Entscheidungsgründe in extenso lauten folgendermaßen:

Der Kläger war als Notherbe nach der Nov. 115. cap. 3—5. von der Erblasserin, seiner kinderlos verstorbenen Tochter, in ihrem Testamente förmlich und direkt in seiner Person einzusetzen oder auszuschließen. Ist nun dieses nach des Beklagten Eingeständniß nicht geschehen, so vermag die angebliche Kodizillarklausel, wenn gleich sie sonst wohl ein Testament als Kodizill aufrecht erhält, doch hier nicht dem Mangel der Erbeinsetzung abzuhelfen, indem sie dem Notherben bloß als Fideikommissar gestattet, bei Restitution des ihm gebührenden Theils der Erbschaft an den eingesetzten Erben seinen Pflichttheil abzuziehen, insonderheit weil nach der Nov. cit. c. 3. pr. verbunden mit cap. 4. pr. der Notherbe nie im Testamente übergangen werden darf, wenn auch auf sonstige Weise und namentlich per fideicommissum ihm sein Pflichttheil zugewandt

wird. Kann demnach die Kodizillarklausel das Testament, worin der Kläger übergangen ist, gegen ihn auch nicht als fideikommissarische Verfügung aufrecht erhalten, obschon ihm hierdurch sein Pflichttheil und noch die trebellianische Quart zugewandt werden würde, so war auch nicht der Beweis des Testaments mit solcher Klausel dem Beklagten nachzulassen ꝛc. ꝛc.“

Druckfehler.

Bd. 18. Heft 2. S. 285. in der Anmerkung Zeile 2 lies Lips. 1838 statt 1738.

Sach-Register

zum

achtzehnten Bande.

(Die Ziffern weisen auf die Seitenzahl hin.)

Actio ad exhibendum 234. A. äſtimatoria 145 f. A. de Effuſis et Dejectis 393. A. Emti 255. Die A. ex Emto hat nur Derjenige, der bona Fide die fremde Sache gekauft hat 255. A. ex Locato vel Conducto 380 Not. A. hypothecaria 85. 96. 115. 251. A. hypoth. utilis 91. 97. A. negatoria 134 ff. A. Negotiorum geſtorum 249. A. pigneratitia 91. A. pign. contraria 84. A. Publiciana 82 f. 233. A. Serviana 82 f. 93. A. Quanti minoris 363. A. Serviana 82 f. 93. Actiones bonae Fidei 11. A. ſtricti Juris 11.

Alimentenverbindlichkeit 120 ff.

Anniculus in Bezug auf civile Zeitberechnung 74 ff. 341.

Annus extremus in Bezug auf Berechnung der Dotalfrüchte 46 f. A. utilis 51.

Antichreſis in Bezug auf Appellationsſumme 184.

Appellatio extrajudicialis 158.

Appellationsſumme 141 ff.

Ausſchlagung einer Erbſchaft — Wirkungen einer theilweiſen Ausſchl. einer Erbſch. 308. Not. 2. 309. — 322 f. 331.

Bedingung in Bezug auf Pfandrecht 104 ff. in Bezug auf Pupillarſubſtitution 302.

Beneficium abſtinendi in Bezug auf Pupillarſubſtitution 288 ff. 292. 305 ff. 313 ff. B. Reſtitutionis 373.

Beweis bei Klagen auf Alimentation 118 ff.

Beweislaſt bei der Negatorienklage 133 ff.

Bonae Fidei Poſſeſſor in Bezug auf Pfandrecht 82 ff. in Bezug auf Fruchterwerb 211 ff. Bona Fides in Bezug auf Uſucapion 223. — 229. B. Fid. tantumdem Poſſidenti präſtat, quantum Veritas 243. Der b. Fid. Poſſ. braucht für den Uſus, den er von der fremden Sache während der Dauer der b. Fid. gemacht hat, dem Eigenthümer keine Entſchädigung zu geben 243.

Bonorum Poſſeſſor in Bezug auf Pupillarſubſtitution 322. 362.

Bürge in Bezug auf Appellationsſumme 166.

Caution in Bezug auf Appellationssumme 117.
Centumvirale Judicium 408.
Clausula codicillaris Wirkung in Bezug auf nichtige Erbeneinsetzung 403 ff.
Codicill 403 ff. Codicillus ab Intestato 404. 406. C. Testemento confirmatus 404.
Coheres substitutus in Bezug auf Pupillarsubstitution 333.
Compensation 1 ff.
Concurs in Bez. auf Appellationssumme 194 ff.
Concursmasse in Bez. auf Pfandrecht 117.
Condictio ex Lege 249. C. Indebiti ob turpem Causam, ob Causam Datorum, sine Causa 256. C. furtiva 260.
Confusio Bonorum in Bezug auf Pupillarsubstitution 323.

Darleiher in Bezug auf Pfandrecht 112.
Deserteure dürfen in Rußland von Niemand beherbergt werden 402.
Diaconus — Wie alt muß derselbe seyn, um zu diesem Amt zu gelangen? 63.
Dies 41 ff. D. novissimus (postremus, supremus) 45 ff. 342 f. 353 f. D. ultimus coeptus habetur pro completo in Bezug auf civile Berechnung der Zeit 13 Not.
Dos 363.
Dotalfrüchte — Bezug derselben für den Mann in Beziehung auf civile Zeitberechnung 371.

Edictum perpetuum 15 ff.
Ehe — Eintritt des Zeitpunkts der Fähigkeit, solche zu schließen 336.
Ehebrecherin in Bezug auf Frist zur Anklageerhebung 350.
Ehefrau in Bezug auf Pfandrecht 115.
Eheverbot für die Wittwe in Bez. auf civile Zeitberechnung 366.
Eid in Bez. auf Appellationssumme 166.
Eigenthum in Bez. auf Pfandrecht 109. — Eine Vermuthung der Freiheit des E. ist um so weniger allgemein gültig, als es auch beschränktes E. giebt 137. E. in Bez. auf Fruchterwerb 229. Eigenthumserwerbung des Grundeigenthümers an dem in sein Gebäude verbauten fremden Baumateriale, so lange das Gebäude selbst steht 241 f.
Emtor in Bez. auf Pfandrecht 107.
Entschädigungsklage der Gastwirthe gegen Reisende, welche bestellt, daß sie eintreffen würden 402.
Erbschaft — Wenn Jemand zu verschiedenen, von einander ganz getrennten Erbschaften gerufen ist, (welche also nichts mit einander gemein haben,) so kann er nach Belieben die eine derselben annehmen und die andere ausschlagen 291. — in Bezug auf Pupillarsubstitution 287 ff.
Exceptio annua 10 Not. E. Compensationis 4 ff. E. Doli 7 Not. 1 ff. 94 f. E. Dominii 9 Not. 234. 262. E. Legis Cinciae 9 Not. E. Rei judicatae 8 Not. E. Rei venditae et traditae 88. 95. 229. E. Senatusconsulti Vellejani 8 Not. E. triginta Annorum 251. Exceptiones Facti 9 Not. Einrede der Competenz in Bez. auf Appellationssumme 203.
Excusation von einer Tutel in Bez. auf civile Berechn. der Zeit 52. Ein Alter von 70 Jahren giebt einen Excusationsgrund von der Uebernahme der Tutel oder Curatel 55.
Extraneus (scil. Heres) in Bezug auf Pupillarsubstitution 294 Not. 311 ff.

Familiae Emtor 340.
Fideicommissarerbe 404. 410 f.
Fiduciar 404. 411.
Fiscus in Bez. auf Pfandrecht 101. 114.
Formularprozeß in Bezug auf Exceptionen 11 ff.
Frau — Fall in Bezug auf Unterbrechung der Usucapion und Zeitberechnung dabei 64 f.

Frauenzimmer — Alter deſſelben in Bez. auf gültige Eheſchließung 55.
Fruchterwerb des bonae Fidei Poſſeſſor 211 ff.
Fructus induſtriales 216. F. naturales 216.

Gaſthöfe — Dem röm. R. ſcheint eine ununterbroch. polizeil. Beaufſichtigung derſ., wie wir in unſeren Staaten ſie finden, völlig fremd geweſen zu ſeyn 399. — 400 ff.
Gaſtwirthe — Sind dieſe berechtigt, Reiſende abzuweiſen? 370 ff.
Gaſtwirthſchaft — An manchen Orten Deutſchlands ward die G. ſogar als ein Regale betrachtet 400 Not. 2.
Generalhypothek 116.
Generalpfandgläubiger 99 f.
Gläubiger in Bezug auf Pfandrecht 105 ff.

Habitator 393.
Handel in Bezug auf Bedingung 104.
Hauptintervenient in Bez. auf Appellationsſumme 165.
Hauptvertrag in Bez. auf Pfandrecht 104.
Hausſohn in Bezug auf Pupillarſubſtitution 295. 311. 324.
Hereditatis Petitio ab Inteſtato 413.
Heres ex Aſſe in Bez. auf Pupillarſubſtitution 306. 334. H. ex Parte desgl. 306. 334. Suus H. desgl. 311 ff. 317. H. inſtitutus desgl. 334. 404. 411 ff.
Homo ſui Juris — Jeder H. ſui J. hat ſein eigenes Vermögen, und folglich wenn er ſtirbt, ſeine eigene Verlaſſenſchaft 295.

Idus in Bezug auf civile Berechn. der Zeit 368 ff.
Impoſſibilium nulla Obligatio eſt 401.
Incompetenz des Richters in Bez. auf Appellationsſumme 145 ff.
Inhabitatores 388 ff.
Injurienſachen in Bez. auf Appellationsſumme 155 ff.
Inquilini 391.
Inteſtaterbfolge 366.
Iter Agentes 388 ff.
Juramentum purgatorium 282. ſ. Reinigungseid. J. ſuppletorium 282.
Jus accreſcendi in Bez. auf Pupillarſubſtitution 305. 310. 322. J. poſtulandi 56. 64 Not.
Juſtus Titulus in Bezug auf Uſucapion 222 ff. — 229.

Kalendae in Bez. auf civile Berechnung der Zeit 368 ff.
Kalendertag 41 ff.
Kaufvertrag 381.
Kinder in Bez. auf Pfandrecht 115.
Kriegspflicht 64 Not.

Läuflinge dürfen in Rußland von Niemand beherbergt werden 402.
Lector — Wie alt muß derſelbe ſeyn, um zu dieſem Amt zu gelangen? 63.
Lex Aelia Sentia 56. 71. 73 ff. 341. L. Aquilia 362. L. commiſſoria 105. L. Julia de Adulteriis 30 ff. L. J. municip. 353 ff. 368. L. Papia 363. L. Silvani et Carbonis 362.
Libripens 340.
Litiscontestation 11 ff. 234 f. 254. 257 ff.
Locationserkenntniß in Bez. auf Appellationsſumme 199 f. 202.

Malae Fidei Poſſeſſor in Bez. auf Fruchterwerb 230. 237 ff.
Mann — Alter deſſelben zur gültigen Teſtamentserrichtung 55.
Menſes intercalares 369.
Miethvertrag — Zur Eingehung eines förmlichen Miethvertr. kann der Gaſtwirth nicht gezwungen werden 398.
Minor 344. 350. 372 ff.
Mutter in Bezug auf Beweis bei Klagen auf Alimentation 118 ff.

Negatorienklage — Ueber Beweislaſt bei derſelben 133 ff.
Nonae in Bezug auf civile Berechnung der Zeit 368 ff.
Notherbe 405 Not. 1. 406. 409 ff.
Notherbenrecht 408.

Omissio Hereditatis in Bezug auf civile Berechn. der Zeit 368 ff.

Pactum de retro emendo 241. P. de retrovendendo 241. 256.
Partus Ancillae in Bez. auf Fruchterwerb des bonae Fidei Possessor 214 ff. 254. Part. decemmestris 361. P. septemmestris 361.
Paterfamilias in Bezug auf Manumissionsfähigkeit 56.
Paßlose dürfen in Rußland von Niemand beherbergt werden 402.
Perceptio in Bez. auf Fruchterwerb des bonae Fidei Possessor 226.
Personalarrest in Bez. auf Appellationssumme 168. 207.
Pfandklagen in Bez. auf Appellationssumme 205.
Pfandrecht — Priorität derselben 81 ff. s. Pignus.
Pflichttheil 407. s. Portio Legitima.
Pignus, bedingtes 103.
Portio legitima 411.
Posthumus 406. 410.
Präscriptio longi Temporis 348.
Präsumtio negativa 135.
Presbyter — Wie alt muß derselbe seyn, um zu diesem Amt zu gelangen? 63.
Prioritätsstreitigkeiten außer dem Concurse in Bez. auf Appellationssumme 205.
Privilegia de non appellando 387 f. — Privilegien dürfen nicht gegen die ausgelegt werden, für welche sie gegeben sind, sondern zu ihren Gunsten — in Bez. auf Pupillarsubstitution 321. — 400.
Prozeßkosten in Bez. auf Appellationssumme 176.
Pubertät 336.
Pupill 287 ff. — Der Pupill war bona Mente vom Vater exheredirt und der Erbe des Vaters ihm als Pupillarsubstitut gegeben worden; kann dieser eine von beiden ihm deferirten Erbschaften ausschlagen und die andere annehmen? 309 f.
Pupillarsubstitut 288 ff. Ist der P. auch sich selbst zum Erben ernannt, so muß er, wenn er nicht zugleich suus Heres u. wenn der Pupill Erbe des Vaters geworden ist, beide Erbschaften entweder annehmen oder ausschlagen 327.
Pupillarsubstitution 287 ff. 336.

Quadriennium continuum in Bezug auf in Integrum Restitutio 51.
Quarantainenanstalten — Personen ohne ein Entlassungszeugniß aus denselben dürfen in Rußland in Gasthöfen nicht aufgenommen werden 402.
Quasibesitz in Bezug auf Negatorienklage 135 f.
Querela inofficiosi Testamenti 408. 411. Q. non numeratae Dotis 56 f.
Quod negantis simpliciter nulla sit per Rerum Naturam Probatio in Bez. auf Negatorienklage 135.

Realarrest in Bezug auf Appellationssumme 169. 207.
Recusation eines Richters desgl. 162.
Reinigungseid einer geistlichen oder weltlichen Commune 281.
Rei Vindicatio 8 Not. 227. 233. 238. 245 ff.
Replica Doli 10 Not. 93.
Repräsentationsverhältniß in Bezug auf Erbschaft 297.
Repudiatio Hereditatis in Bez. auf Pupillarsubstitution 330.
Res aliena — Verpfändung derselben 81 ff.
Restitutio in Integrum 14 ff. 241. 256. 258. 372. 374.
Restitution der bona Fide gezogenen Früchte 226 ff.

Sanguinis Turbatio — Verbot zur Verhütung derselben 365.
Separation in Bez. auf Fruchterwerb 220. 224 ff. 235.
Servituten in Bez. auf Appellationssumme 184 f.
Schaafheerde in Bezug auf Fruchterwerb 220 ff.
Schiedseid — Ableistung desselben bei Corporationen 265 ff.
Schuldner in Bez. auf Pfandrecht 104 ff.

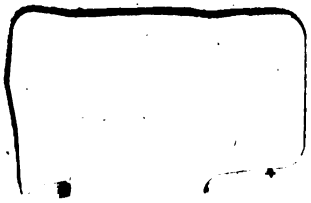
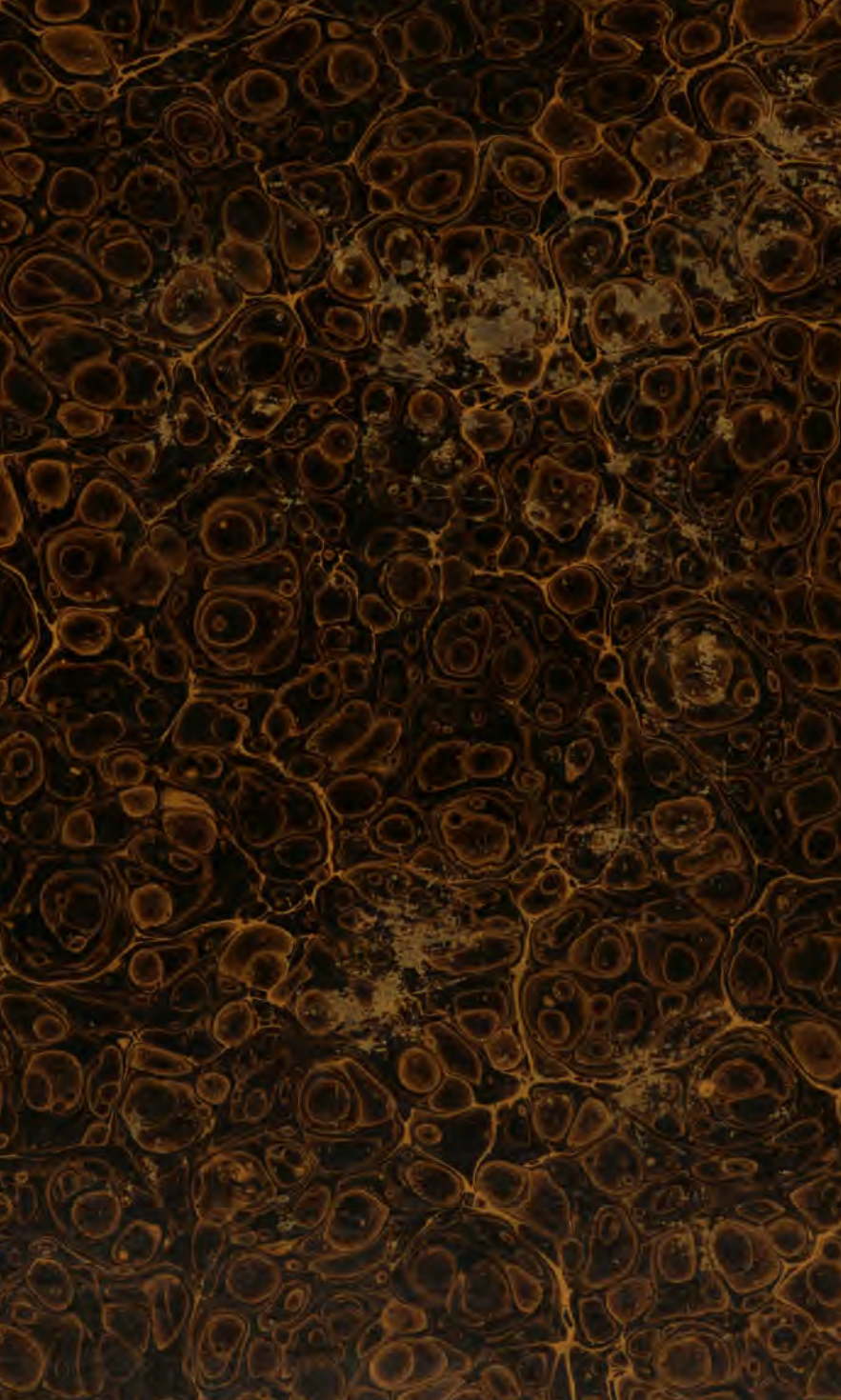
Schwangerschaft — längste u. kürzeste Dauer derselben in Bezug auf civile Berechn. der Zeit 366.
Specialpfandrecht 113.
Standesklagen in Bez. auf Appellationssumme 177.
Streitgenossen desgl. 193 Not. 2.
Subdiaconus — Wie alt muß derselbe seyn, um zu diesem Amt zu gelangen? 63.
Successio ab Intestato 404.

Tabulae secundae in Bez. auf Pupillarsubstitution 300. 329.
Tempus coeptum habetur pro completo in Bez. auf civile Berechn. der Zeit 54 Not.
Testament in Bezug auf Pupillarsubstitution 289. 299 f. 303. 305. 312. 329 f. 334. — 339. 403 ff. 415 ff. Testament. irritum 405.
Testator 403 ff.
Tignum verbunden mit einem fremden Gebäude in Bezug auf Eigenthumserwerbung ꝛc. 242.
Trauergebot für Eltern und Kinder in Bezug auf civile Berechn. der Zeit 366.
Tutel 336.
Tutoren in Bezug auf Anbringung von Excusationsgründen 58.
Universalfideicommiß 416.
Universalsuccessor in Bez. auf Pupillarsubstitution 302 ff. 412. 415.
Usucapion der bona fide gezogenen Früchte 213 ff. u. der Accessionen einer fremden Sache 214. — 235 ff. 243. 258. 261. 263. 348. 374.

Vater in Bezug auf Alimentationspflicht 123. in Bezug auf Pupillarsubstitution 287 ff.
Verkäufer in Bezug auf Pfandrecht 88.
Viatores 388 ff.
Vulgarsubstitut 302 329. 334.
Vulgarsubstitution 303. 329.

Waaren — Der Kaufmann, der dem Publikum durch ein bestimmtes Verzeichniß seiner Waaren mit einer genauen Angabe der Preise derselben solche dem Publikum offerirt, ist nicht berechtigt, irgend einen Käufer abzuweisen 381.

Zeitberechnung, civile 38 ff. 335 ff.
Zeittag 41 ff.
Zeugniß — juristischer Begriff desselben 265.

Gießen, gedruckt bei Carl Lichtenberger.

HW 28006 7